Die Frage der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen

Inaugural-Dissertation

der

JURISTISCHEN FAKULTÄT

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

FERDINAND BORDFELD

Gerichts-Assessor aus Bad Godesberg

Tag der mündlichen Dr.-Prüfung 28. 6. 1935

1937/115

Referent: Prof. Dr. L e n t.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Mathilde Linnemann gewidmet

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Allgemeines . . . . . S. 7- 8

§ 2. Das Problem . . . . . S. 8-13

§ 3. Die Frage der Rückwirkung in Rechtsprechung und Schrifttum . . . . . S. 14-18

§ 4. Insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichts S. 19-20

§ 5. a) Rückwirkung kraft Anordnung . . . . . S. 20-46
b) Form der Anordnung
c) Beschlußergänzung
d) Voraussetzungen der Anordnung

§ 6. Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz . . . . . S. 46-56

§ 7. Die Frage der Nichtigkeit der Rückwirkungsanordnung S. 56-60

§ 1. Allgemeines.

Die gegenwärtige Armenrechtsgesetzgebung erschöpft sich im wesentlichen[1]) in den einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung §§ 114—127 und dem Gesetz betr. die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen vom 20. Dez. 1928 — Reichsges. Bl. I S. 41 — mit den Abänderungen der RPrVO. vom 1. Dez. 1930 — RGBl. I S. 517 — 9. Tl. § 7, und vom 6. Okt. 1931 — RGBl. I S. 537 — 6. Tl. 1. Kap. § 17. Vor ihrer jetzigen Fassung sind beide Gesetze im Laufe der Zeit verschiedentlich abgeändert und ergänzt worden[2]). Die Abänderungen und Ergänzungen haben nur zu einem geringen Teil gesetzliche Unklarheiten und Dürftigkeiten beseitigt, die sich innerhalb der Armenrechtssätze von Anbeginn herausgestellt haben[3]). Insbesondere ist es die viel erörterte Frage der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen, die in ihren einzelnen Erscheinungsformen nach wie vor Gegenstand heftigsten Streites in der Rechtsprechung und Rechtslehre ist. Gewiß mag es notwendig sein, wenn bei manchen gesetzlichen Bestimmungen es zunächst einmal der Praxis überlassen wird, ihren Inhalt herauszuarbeiten und klarzustellen; denn erst die praktische Anwendung zeigt, inwieweit sie der Vielseitigkeit und Mannigfaltigkeit des rechtlichen Lebens genügen, inwieweit nicht. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch bei der Frage der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen keine Geltung mehr haben. Sie beschäftigt nun schon seit vielen Jahren, ja Jahrzehnten[4]) und immer wieder von neuem die Gerichte. Hier liegt dem Gesetzgeber ein überreicher Stoff vor, der Anlaß zu einer Regelung im Rahmen der neuen Bestimmungen hätte geben und sein sollen, nachdem sich herausgestellt hat, daß in der Rechtsprechung und Rechtslehre eine einheitliche Stellungnahme offenbar nicht einmal in grundsätzlicher Hinsicht zu erzielen war. Dieser Anlaß bestand und besteht umsomehr, als es sich um eine Streitfrage handelt, die mehr denn eine andere die tägliche Praxis der Gerichte angeht. Es ist

1) vgl. auch §§ 519 Abs. 5, 554 Abs. 7 ZPO, §§ 33—36 RAO.

2) vgl. Ges. v. 18. Dez. 19 — RGBl. I S. 2113; Ges. v. 18. Aug. 23 — RGBl. I. S. 813; NotVO. v. 6. Okt. 31 — RGBl. I S. 537 6. Tl. Kap. I § 11.

3) vgl. z. B. § 3 Ges. v. 20. Dez. 28.

4) vgl. z. B. Beschl. des RG. v. 27. 7. 80 in RGZ. 2/378.

befremdlich und im Hinblick auf die zu erstrebende Einheitlichkeit der Rechtsprechung wenig erfreulich feststellen zu müssen, daß der wirtschaftliche Wert der gegenwärtigen Armenrechtsgesetzgebung für die Beteiligten, Partei, Anwalt und Staat, recht verschieden ist, je nach der Auffassung und Rechtsübung der für das Prozeßverfahren zuständigen Gerichte.

Bei der Wichtigkeit und Bedeutung der Frage der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen verlohnt es sich schon, sie zum Gegenstand einer eingehenderen Untersuchung zu machen. Im Gang dieser Untersuchung soll zunächst das Problem herausgestellt, sodann ein umfassender Einblick in die einschlägige Rechtsprechung und Rechtslehre gewährt und dann in die eigentliche Erörterung der Streitfrage eingetreten werden.

§ 2. Das Problem.

Die Wirkungen des Armenrechts sind in den §§ 115 ff. ZPO. geregelt. Nach § 115 Abs. 1 ZPO. erlangt die arme Partei „durch die Bewilligung des Armenrechts" die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, sowie das Recht, das ihr, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet wird (Abs. 1 Ziff. 3). Wird der armen Partei ein Anwalt beigeordnet, so hat dieser nach Art. 1 § 1 Ges. v. 20. Dez. 1928 das Recht, seine Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse erstattet zu verlangen und zwar nach Maßgabe der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bis zu einer bestimmten Höchstgrenze. Nach § 119 ZPO. wird das Armenrecht immer nur für eine Instanz bewilligt, also auch der Armenanwalt immer nur für eine Instanz beigeordnet. Die Armenrechtsbewilligung und die Anwaltsbeiordnung könnten denkbar — ohne hier auf die Frage der Zulässigkeit des letzteren Falles einzugehen — erfolgen entweder vor Beginn der Instanz, oder innerhalb, d. h. während des Schwebens der Instanz, oder nach Beendigung der Instanz.

Erfolgt die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung vor Beginn der Instanz, das ist vor Einreichung der Klageschrift, so sind deren Wirkungen für die arme Partei und den Armenanwalt eindeutig und klar. Die arme Partei ist einstweilen von der Berichtigung der gesamten Gerichtskosten befreit; sie braucht insbesondere nicht den mit der Einrichtung der Klageschrift fälligen Gerichtskostenvorschuß (vgl. § 74

DGKG.) zu zahlen. Ferner tritt für sie in gleicher Weise eine gesetzliche Stundung der Gebühren und Auslagen des beigeordneten Armenanwaltes ein, die, wie auch für die Gerichtskosten, unabhängig vom Ende der Instanz und des Prozesses bis zu dem in §§ 121, 123, 125 ZPO. bestimmten Zeitpunkt dauert. Der Armenanwalt kann seine sämtlichen durch seine Tätigkeit für die arme Partei entstandenen Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse erstattet verlangen und insoweit eine Erstattung erfolgt, gehen seine Ansprüche gegen die arme Partei oder einen ersatzpflichtigen Gegner auf den Staat über (§ 5 Ges. v. 20. Dez. 28).

Erfolgt die Armenrechtsbewilligung oder Anwaltbeiordnung erst nach Beginn, aber noch während des Schwebens der Instanz, was in der Praxis aus Gründen einer schnellen und beschleunigten Prozeßführung wohl meistens der Fall ist, so tauchen hinsichtlich der Armenrechtswirkungen die verschiedensten Zweifelsfragen auf. Hier hat die Partei etwa bereits Gerichtskostenvorschüsse (§§ 74 ff. DGKG.) und Anwaltskostenvorschüsse (§ 84 GebORA.) gezahlt; die Tätigkeit des Vertrauensanwalts hat vor der Beiordnung des Armenanwalts, als der der Vertrauensanwalt selbst ernannt werden kann (nicht muß, § 36 RAO) und praktisch meistens ernannt wird, bereits Gebühren ausgelöst oder auch, es sind Auslagen entstanden. Kann die arme Partei nunmehr den Gerichtskostenvorschuß oder den Anwaltskostenvorschuß zurückfordern? Welche Wirkung hat die (nachträgliche) Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung hinsichtlich der vorher entstandenen Anwaltsgebühren? Sind diese einforderbar oder etwa auch gestundet? Welche Gebühren und Auslagen kann der nachträglich ernannte Armenanwalt aus der Staatskasse erstattet verlangen, welche, wenn er vorher bereits als Vertrauensanwalt der Partei tätig war?

Die Frage der Rückzahlung der Gerichtskostenvorschüsse beantwortet sich aus § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung erlangt die Partei durch die Bewilligung des Armenrechts die einstweilige Befreiung von der Berichtigung (nur) der rückständigen und der künftig erwachsenden Gerichtskosten. Bereits fällig gewordene und bezahlte Gerichtskosten können daher nicht zurückgefordert werden[5]).

5) Stein-Jonas a. a. O. zu § 115 II; Baumbach zu § 115 Anm. 2; Foerster-Kann a. a. O. zu § 115 1a; RG. v. 25. Okt. 26 in JRdsch. Nr. 68; RGZ. 40/421; 126/300; OLG. München v. 24. Nov. 17 in Rspr. 37/105.

Wesentlich ist hier allerdings, wenn der Zahlung der Gerichtskosten ein Vorbehalt im Hinblick auf das eingereichte Armenrechtsgesuch beigefügt worden ist. Der gegenteiligen Auffassung des Reichsgerichts [6]) und Stein-Jonas' [7]), die fiskalisch ist, kann nicht beigepflichtet werden. Wenn das Gesetz im Falle der Armenrechtsbewilligung eine Rückerstattung der in dem Verfahren von der armen Partei vorher gezahlten Gerichtskosten nicht allgemein angeordnet hat, sondern sich auf die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der noch nicht gezahlten und der künftigen Kosten beschränkt, so hat das seinen guten Grund. Denn die Partei, der das Armenrecht erst im Laufe des Verfahrens bewilligt worden ist, kann bei Zahlung des Gerichtskostenvorschusses noch zahlungskräftig und erst später verarmt sein, so daß überhaupt erst dann die Voraussetzungen einer Armenrechtsgewährung vorgelegen haben. In diesem Falle würde nach der Tendenz des Gesetzes keine Veranlassung zu einer Rückerstattung von eingezahlten Gerichtskosten bestehen. Anders ist es aber, wenn die Partei bereits um das Armenrecht eingekommen ist und hierauf ihren Vorbehalt stützt; dann soll die Zahlung nur gelten, falls das Gesuch abgelehnt wird. Es handelt sich also um eine bedingte, keine endgültige Zahlung, so daß die Vorschrift des § 115 ZPO. hier nicht ohne weiteres anwendbar ist. Nach dem Sinn und Zweck der Armenrechtssätze aber sollen der Partei nach Möglichkeit schon vom Zeitpunkte der Beantragung ab die Vorteile des Armenrechtes zukommen [8]). Dem entspricht es, daß im Falle der Armenrechtsgewährung die unter Vorbehalt gezahlten Gerichtskosten ausnahmsweise zurückzuerstatten sind. Das ist auch aus den Bestimmungen der §§ 519 Abs. 6, 554 Abs. 7 ZPO. zu schließen, nach denen eine Partei im Falle der Armenrechtsbeantragung von der Verpflichtung zur Zahlung der Prozeßgebühr vorerst überhaupt entbunden ist. Zahlt sie in Unkenntnis mangelnder Verpflichtung dennoch mit dem Hinweis auf ihr gestelltes Armenrechtsgesuch, so darf ihr das nicht zum Nachteil gereichen. Im Ergebnis die gleiche Auffassung vertreten Foerster-Kann [9]).

---

6) vgl. Beschl. v. 25. Okt. 26 in JRdsch. 27, Nr. 68.
7) vgl. a. a. O. zu § 115 II.
8) vgl. S. 33—34.
9) a. a. O. zu § 115 1a.

Aus den gleichen Gründen hat eine Rückerstattung der Gerichtskosten ausnahmsweise dann stattzufinden, wenn sie nach der Armenrechtsgewährung eingezogen sind[10]).

Auf bereits gezahlte Anwaltskostenvorschüsse ist die nachträgliche Armenrechtsgewährung gleichfalls ohne Einfluß. Soweit sie rechtsmäßig sind, ist eine Rückerstattung ausgeschlossen. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der bisher tätige Vertrauensanwalt der Partei als Armenanwalt beigeordnet wird. Zwar spricht das Gesetz (§ 115 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO.) lediglich von Gerichtskosten, für die eine einstweilige Befreiung (nur) der rückständigen und künftig erwachsenden eintreten soll; es fehlt aber an jedem Rechtsgrunde, den Rechtsanwalt in dieser Hinsicht schlechter zu stellen[11]). Zudem würde die gegenteilige Auffassung sich als ein Eingriff in wohlerworbene Rechte (Gebührenforderung) des Anwaltes darstellen. Inwieweit Vorschüsse oder sonstige Zahlungen, die der Anwalt vor der Beiordnung seitens der Partei erhalten hat, rechtmäßig sind, bestimmt sich nach dem Umfange der ihm aus seiner Tätigkeit zustehenden Gebühren und Auslagen. Gleichgültig ist, ob diese durch die Tätigkeit erwachsen sind, die der Anwalt in seiner Eigenschaft als Vertrauensanwalt oder als Armenanwalt ausgeübt hat. Der Anwalt braucht also nicht etwa den erhaltenen Vorschuß insoweit zurückzuzahlen, wie er nicht zur Deckung derjenigen Gebühren dient, die ihm für die Tätigkeit als Vertrauensanwalt zustehen. Auch das war lange Zeit streitig[12]). Der Streit ist aber dann durch die neue Bestimmung des § 3 Ges. v. 20. Dez. 28 entschieden worden, nach der „Vorschüsse und Zahlungen, die der Rechtsanwalt von seinem Auftraggeber oder einem Dritten vor oder nach der Beiordnung erhalten hat, zunächst auf diejenigen Vergütungen anzurechnen sind, für die ein Ersatzanspruch gegen die Staatskasse nicht besteht".

Die Gebührenforderung eines Anwaltes für seine Tätigkeit als Vertrauensanwalt wird durch die im Laufe des Verfahrens erfolgende nachträgliche Armenrechtsgewährung und Beiordnung auch dann nicht berührt, wenn sie nicht oder nicht ganz durch Vorschußzahlungen gedeckt ist. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Vertrauensanwalt als Armenanwalt bei-

---

10) ebenso: Baumbach a. a. O. zu § 115 Anm. 2; Foerster-Kann a. a. O. zu § 115 1e; a. M. Stein-Jonas a. a. O. zu § 115 II.

11) so auch RGZ. 126/300/301.

12) vgl. JW. 26/705.

geordnet wird. Für seine Tätigkeit als Vertrauensanwalt hat der Anwalt aus dem privaten Auftragsverhältnis gegenüber der Partei eine Gebührenforderung in bestimmter Höhe. Diese Gebührenforderung kann genau in der gleichen Weise geltend gemacht werden, wie wenn ein Armenrechtsbewilligungs- und Beiordnungsbeschluß zu Gunsten der Partei überhaupt nicht erlassen worden wäre. Es fragt sich jedoch hinsichtlich des Umfanges dieser Gebühren, von welchem Zeitpunkte ab die Tätigkeit des Anwaltes als die eines Armenanwaltes anzusehen ist. Hier beginnt das Problem der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen. Daß die Feststellung, die Kenntnis des Zeitpunktes, in dem die Armenanwaltstätigkeit beginnt, von außerordentlicher Wichtigkeit und Bedeutung ist, leuchtet ohne weiteres ein; beantwortet sie doch auch die Frage, welche Gebühren und Auslagen der Anwalt aus der Staatskasse erstattet verlangen kann. Es ist eigentlich selbstverständlich, daß dem Anwalt Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse nur insoweit zu erstatten sind, wie er als Armenanwalt tätig geworden ist. Man ist auf den ersten Blick geneigt, den Beginn der Tätigkeit als Armenanwalt in den Zeitpunkt zu verlegen, in dem der Armenrechtsbewilligungs- und Beiordnungsbeschluß oder evtl. letzterer allein erlassen, genauer formell wirksam wird (das ist nach h. L. im Falle der Nichtverkündigung nicht immer erst der Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses, § 329 ZPO. —; vielmehr genügt es ausnahmsweise, wenn die Partei auch in anderer Form von dem Inhalt des Armenrechtsbeschlusses zuverlässige Kenntnis erhält, wie sie sonst durch Verkündung oder Zustellung vermittelt wird[13]). In der Tat würde das dann richtig sein, wenn der Armenrechtsbeschluß nicht „zurückwirkt". Anders ist es jedoch, wenn und wo man eine Rückwirkung anerkennt, das heißt, wenn angenommen werden muß, daß — allgemein oder im Einzelfall — die Wirkungen des Armenrechts zeitlich nicht erst eintreten, wenn der Armenrechtsbeschluß erlassen, mitgeteilt, verkündet, zugestellt wird, sondern bereits in einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkte.

Bei Zugrundelegung der Rückwirkung von Armenrechtsbewilligungs und Beiordnungsbeschlüssen, die während des Schwebens der Instanz ergehen, kommt als Zeitpunkt des Ein-

---

13) so: Stein-Jonas a. a. O. zu § 119 IV. u. § 329 I 3; Sonnen in JW. 27/1419; RG. in JW. 25/1491; KG. in JW. 27/1419; OLG. Kiel in JW. 29/2541.

trittes der Armenrechtswirkung weitestens der Instanzbeginn in Betracht. Würde eine solche Wirkung anzunehmen sein, so wäre die gesamte Tätigkeit des Anwaltes die eines Armenanwaltes mit der Folge, daß sämtliche entfallenden Gebühren und sämtliche Auslagen aus der Staatskasse zu erstatten seien. Denkbar ist auch eine Rückbeziehung der Armenrechtswirkung auf einen Zeitpunkt erst nach Beginn der Instanz, etwa auf den Tag der Armenrechtsbeantragung oder einen diesem Tage naheliegenden Zeitpunkt. In diesem Falle wäre die Tätigkeit eines schon für die Partei bereits tätigen Anwaltes, der auch zum Armenanwalt bestellt wird, zu einem Teil der Instanz die eines Vertrauensanwaltes, zu einem anderen Teil die eines Armenanwaltes mit den bereits oben dargelegten Folgerungen.

Damit ist, soweit Armenrechtsbewilligungen und Anwaltsbeiordnungen innerhalb der Instanz in Frage stehen, das Gesamtproblem der Rückwirkung herausgestellt. Praktische Bedeutung kommt ihm hier also nur für die Armenanwaltsgebühren und den Erstattungsanspruch des Armenanwaltes gegen die Staatskasse zu, nicht auch für die Gerichtskosten, da sich das innerhalb der Instanz bewilligte Armenrecht auf deren Rückstände nach § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. ohne weiteres miterstreckt.

War bisher von Armenrechtsbewilligungs- und Beiordnungsbeschlüssen die Rede, die vor oder innerhalb der Instanz erlassen werden, so ist auch an eine Beschlußfassung erst nach Beendigung der betreffenden Instanz zu denken. Eine zulässige Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung noch nach Beendigung der Instanz hätte nicht nur Bedeutung für die Armenanwaltsgebühren und den Erstattungsanspruch des Armenanwaltes gegen die Staatskasse, sondern auch für die Gerichtskosten, da es sich in diesem Falle darum handelt, ob das Armenrecht überhaupt noch bewilligt werden kann oder nicht, die Anwendung der Vorschrift des § 115 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO also nicht in Frage kommt. Hält man eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der betr. Instanz für zulässig, so ergeben sich hinsichtlich des Rückwirkungszeitpunktes die gleichen Möglichkeiten, wie sie bei der Beschlußfassung innerhalb der Instanz erörtert sind. Hält man eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz nicht für zulässig, so erhebt sich die weitere Frage, welche rechtliche Bedeutung einem gleichwohl erlassenen Beschlusse dieser Art zukommt.

§ 3.

Die Frage der Rückwirkung in Rechtsprechung und Schrifttum.

Die Frage der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit hat in der Rechtsprechung und im Schrifttum, was bei der Natur des Streitstoffes weiter nicht verwunderlich ist, eine sehr mannigfaltige Beantwortung gefunden. Es soll zunächst eine schematische Uebersicht über die einzelnen vertretenen Auffassungen und deren hauptsächliche Begründungen gegeben werden. Damit ist eine erschöpfende Stellungnahme zu dem gestellten Problem gewährleistet.

I.

Eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit wird in der Rechtsprechung [14]) und im Schrifttum [15]) zum Teil gänzlich und ausnahmslos abgelehnt. Diese Lehre hält eine Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen mit den bestehenden geltenden Armenrechtsbestimmungen für unvereinbar. Das Gesetz habe die Wirkungen der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung in den §§ 115 ff. ZPO. und dem Gesetz vom 20. Dezember 1928 betr. die Erstattung von Armenanwaltsgebühren erschöpfend geregelt. Die Bewilligung des Armenrechtes befreie nach § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. zwar einstweilen von der Zahlung der rückständigen Gerichtskosten, aber nach Ziffer 3 nicht von der Zah-

---

14) vgl. KG. — 16. ZS. — v. 12. 1. 25 in JW. 25/1895; KG. — 9. ZS. — v. 16. 5. 28 in JW. 28/2147 = HRR. 28/1838 = BBl. 28/154 = Zeitschr. DJAmtm. 29/41; OLG. Breslau — 11. ZS. — v. 10. 10. 29 in BBl. 30/167; — 11. ZS. — v. 31. 12. 29 in JW. 30/732; OLG. Köln — 7. ZS. — v. 2. 12. 29 in DRZ. 30 Nr. 333 = BBl. 30/169; OLG. Königsberg v. 17. 10. 29 in BBl. 30/158; OLG. Naumburg — 6. ZS. — v. 14. 3. 30 in BBl. 30/170; OLG. Düsseldorf — 1. ZS. — v. 26. 1. 30 in JW. 30/1094 u. v. 23. 7. 31 in JustVerwBl. 1933/12; OLG. Hamm — 10. ZS. — vom 19. 12. 31 in BBl. 32/64; OLG. Kiel — 2. ZS. — vom 31. 1. 31 in JW. 31/1132; OLG. Breslau — 1. 10. ZS. — v. 12. 11. 31 in JW. 32/672 = HRR 32 Nr. 788; OLG. Frankfurt — 6. ZS. — v. 2. 7. 27 in JW. 27/2155; OLG. Stettin in JW. 30/665 Fußnote.

15) vgl. Baumbach ZPO. 6. Aufl. zu § 115 Anm. 1 — a. M. 7. Aufl. dass.; Gelinsky-Meyer a. a. O. S. 149 — Rittmann-Wenz a. a. O. S. 645; Friedlaender in JW. 27/2155; 28/2147.

lung der einem Anwalt durch seine Tätigkeit als Wahlanwalt vor der Beiordnung erwachsenen Gebühren und Auslagen. Dem Gericht könne deshalb mangels einer ausdrücklichen Bestimmung auch nicht das Recht zuerkannt werden, Armenrechtsbeschlüssen Rückwirkung beizumessen und damit den Anwalt in der Geltendmachung dieser Ansprüche gegen seinen Auftraggeber zu beschränken.

Zudem ergäbe sich aus dem Wortlaut des § 114 ZPO. „beabsichtigte Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung" —, daß nur eine Armenrechtsbewilligung mit Wirkungen für die Zukunft in Frage komme, denn der Zweck der Bewilligung des Armenrechts, dem Antragsteller die Führung des (beabsichtigten) Rechtsstreites auch dann zu ermöglichen, wenn ihm nicht die Mittel zur Verfügung stehen, um ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, könne für ein in der Vergangenheit liegendes Verfahren nicht mehr erreicht werden.

Im übrigen sei eine Rückwirkung gerichtlicher Entscheidungen aber auch grundsätzlich abzulehnen. Dort, wo das Gesetz ausnahmsweise eine Rückwirkung gerichtlicher Akte anerkenne, wie in § 496 Abs. 3, 693 Abs. 2 ZPO., sei das ausdrücklich bestimmt.

Aus den gleichen Gründen wird die Möglichkeit abgelehnt, noch nach Beendigung der Instanz das Armenrecht zu bewilligen bezw. einen Anwalt beizuordnen[16]).

II.

Innerhalb der angeführten Rechtsmeinung, die eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit grundsätzlich und an sich ausnahmslos verneint, herrscht Streit darüber, ob eine rückwirkende Kraft eines solchen Be-

---

16) vgl. Sydow-Busch-Krantz a. a. O. zu § 118 Anm. 1; Seuffert-Walsmann a. a. O. zu § 119, 1a; Rittman-Wenz a. a. O. S. 413; OLG. Dresden 2. ZS. v. 15. 2. 26 in JW. 26/1604; OLG. Breslau — 11. ZS. — v. 9. 12. 29 in BBl. 30/168; OLG. Kiel — 2. ZS. — v. 22. 2. 30 in BBl. 30/169; OLG. Hamm v. 14. 1. 30 in HRR. 30 Nr. 442; OLG. Köln — 8. ZS. — v. 6. 6. 29 in DRZ. 29 Nr. 751; OLG. Naumburg — 6. ZS. — v. 25. 3. 31 in BBl. 31/211; OLG. Düsseldorf v. 26. 1. 30 in JW. 30/1094; OLG. Kiel — 4. ZS. — v. 24. 10. 31 in JW. 32/123; OLG. Kassel v. 3. 12. 25 in ZZP. 50/393; KG. — 11. ZS. — v. 20. 3. 34 in JW. 34/1254.

schlusses nicht gleichwohl da anzuerkennen sei, wo sie ausdrücklich und klar insbesondere für einen bestimmten Zeitpunkt vom Prozeßgericht ausgesprochen worden ist. Verschiedene Gerichte [17]) nehmen an, daß in diesen Fällen insoweit absolute Nichtigkeit der Armenrechtsbeschlüsse vorliege, die Anordnung der Rückwirkung im Kostenfestsetzungsverfahren und Kostenerstattungsverfahren also überhaupt nicht zu beachten sei, da sie dem Gesetz widerspreche.

III.

Von denjenigen Meinungen, die eine Rückbeziehung der Wirkungen des Armenrechtes bejahen, geht am weitesten die, nach der unterschiedslos jeder Armenrechtsbeschluß ohne weiteres auf den Beginn der Instanz zurückwirkt [18]). Danach kommt es auf den Zeitpunkt, zu dem der Armenrechtsbeschluß erlassen ist, nicht an, die Bewilligung des Armenrechts und die Beiordnung erfolgen immer nur für die ganze Instanz. Die Begründung stützt sich vornehmlich auf den Wortlaut des § 119 ZPO., nach dem die Bewilligung des Armenrechts „für jede Instanz" erfolgt. Unter diesem Ausdruck könnte nur das gesamte Verfahren eines Rechtszuges, d. h. wenn es sich um die erste Instanz handele, das Verfahren von der Einreichung der Klageschrift an bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung verstanden werden. Auch sei kein innerer Grund für eine Beschränkung der Erstattungspflicht in dem Sinne vorhanden, daß nur die Gebühren für die nach Erlaß des Beschlusses liegende Tätigkeit des Anwaltes als zu ersetzen angesehen werden, da der Zeitpunkt dieses Erlasses ebenso wie schon der Zeitpunkt der Anbringung des Armenrechtsgesuches, meist durch Umstände bestimmt werde, die mit dem Eintritt oder dem Umfang der Bedürftigkeit des Gesuchstellers nichts zu tun hätten.

---

17) vgl. OLG. Breslau — 11. ZS. — v. 31. 12. 29 in JW. 30/732; OLG. Naumburg — 6. ZS. — v. 14. 3. 30 in BBl. 30/170; OLG. Düsseldorf v. 26. 1. 30 in JW. 30/1094; OLG. Stettin — 3. ZS. — in JW. 30/665 Fußnote; dagegen: KG. — 20. ZS. — v. 25. 5. 32 in Gaedecke, Kostenrechtspr. Nr. 157; OLG. Königsberg — 5. ZS. — v. 10. 4. 30 in JW. 30/2078; OLG. Kiel — 2. ZS. — v. 31. 1. 31 in JW. 31/1132; OLG. Kassel — 2. ZS. — v. 15. 10. 29 in JW. 29/3188; OLG . Köln — 7. ZS. v. 30. 3. 35, JW. 35/110.

18) vgl. OLG. Frankfurt v. 7. 10. 24 in JW. 24/1623; Kraemer in JW. 21/175 u. 23/86; Fraenkel in JW. 24/1616.

IV.

Nach einer anderen Meinung, die vornehmlich im Schrifttum [19]) und neuerdings offenbar auch vom OLG. Karlsruhe [20]) vertreten wird, wirken Armenrechtsbeschlüsse in allen Fällen von selbst (automatisch) auf den Zeitpunkt zurück, in dem das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ordnungsmäßig und begründet vorgelegen hat. Diese Lehre stützt sich in erster Linie auf die Bestimmung des § 115 ZPO., die zwingend in diesem Sinne ausgelegt werden müsse. Das Gesetz wolle die Freistellung von Kosten nicht von der mehr oder minder schnellen Erledigung des Gesuches abhängig machen, sondern die arme Partei in den Genuß der Vorteile des Armenrechtes setzen, sobald die Voraussetzungen für die Bewilligung gegeben sind. Deshalb gäbe es ihr mit der Bewilligung die einstweilige Befreiung von der Berichtigung sogar der noch rückständigen Gerichtskosten und gerichtlichen Auslagen (§ 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO.). Eine ähnliche Bestimmung für die außergerichtlichen Kosten habe sich nur deswegen verboten, weil damit unter Umständen in bereits entstandene Forderungsrechte des Anwaltes eingegriffen worden sei. Die Regelung zeige den klaren und eindeutigen Willen des Gesetzes, daß der armen Partei mindestens von der Stellung eines begründeten Antrages an keine Kosten mehr erwachsen sollten.

Die Notwendigkeit einer Rückbeziehung der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung auf den Tag des Antrages zeige sich vor allem auch im Beschwerdeverfahren. Falls der erste Richter zu Unrecht das Armenrecht versagt habe und es im zweiten Rechtszuge bewilligt werde, müsse diese Entscheidung zurückwirken; sei aber der Beschwerderichter befugt, die Wirkung des Armenrechts zurückzubeziehen, so müsse man auch dem ersten Richter das gleiche Recht zugestehen.

Diese Rechtsmeinung anerkennt aus den gleichen Gründen eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung auch noch nach Beendigung der Instanz.

---

19) vgl. Schmidt in JW. 31/1058 ff. u. 31/1781 ff.; Baumbach, ArmAnwGes. zu § 1 Anm. 2b; Friedlaender in JW. 31/1853 u. 33/228; Geyershöfer in JW. 32/123 u. 32/1174.

20) vgl. Beschl. v. 12. 9. 33 in JW. 34/622; vgl. auch LG. Koblenz v. 1. 6. 32 in JW. 33/564.

V.

Eine weitere Ansicht[21]), die eine Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen zwar grundsätzlich verneint, zuerkennt diesen ausnahmsweise dann rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt ordnungsmäßiger Antragstellung, wenn dies Billigkeitsgründe erfordern. Als ein solcher Billigkeitsgrund wird insbesondere angesehen, wenn dem Armenrechtsgesuch vom Gericht versehentlich oder zufolge des Geschäftsganges erst verspätet entsprochen wird und mittlerweile zu Lasten der armen Partei Kosten entstanden sind.

Unter diesen Umständen soll dann auch noch nach Beendigung der Instanz das Armenrecht bewilligt und ein Anwalt beigeordnet werden können[22]).

VI.

Vornehmlich in der neueren Rechtsprechung[23]) wird eine rückwirkende Kraft von Armenrechtsbeschlüssen nur in den Fällen anerkannt, in denen eine ausdrückliche beschlußmäßige Anordnung vorliegt. Durchweg nehmen diese Entscheidungen allerdings zu dem Problem der Rückwirkung nur eine ungenügende Stellung. Sie beschränken sich in der Hauptsache auf die Feststellung, daß ein Beschluß mit Rückwirkungsanordnung für das Kostenverfahren wirksam sei. Ob sie die Anordnung der Rückwirkung an sich beanstanden oder aber für gesetzlich zulässig erachten, bleibt unklar. Lediglich der Kostensenat des Kammergerichtes[24]) scheint sich für die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens auszusprechen.

---

21) vgl. Seuffert-Walsmann zu § 119, 1a. Baumbach ZPO. zu § 115 Anm. 1; OLG. Celle v. 26. 1. 21 in JW. 21/639; KG. v. 8. 6. 25 in JW. 25/2340; OLG. Kassel — 2. ZS. — v. 22. 2. 27 in JW. 27/1170); OLG. Hamburg vom 11. 1. 28 in JW. 28/1876; KG. v. 3. 7. 28 in JW. 29/133; KG. v. 27. 9. 29 in JW. 30/731; OLG. Frankfurt a. M. — 11. ZS. — vom 12. 2. 32 in JW. 32/1174; LG. Trier v. 13. 6. 29 in ZZP. 55/253; OLG. Celle v. 3. 11 24 in LZ. 25/165; vgl. weiter JW. 25/2141; 27/1170; 34/622.

22) vgl. OLG. Breslau v. 26. 9. 28 in JW. 28/2797; KG. v. 20. 12. 28 in DJZ. 29/580.

23) vgl. OLG. Kassel v. 5. 9. 29 in JW. 29/3188; OLG. Stettin v. 6. 6. 29 in JW. 30/664; v. 24. 9. 32 in JW. 32/3652; LG. Berlin v. 1. 12. 28 in JW. 29/319; LG. Koblenz v. 1. 6. 32 in JW. 33/564; OLG. Kiel v. 28. 1. 33 in JW. 33/1082; KG. — 13. ZS. — v. 31. 5. 34 in JW. 34/1920; KG. — 20. ZS. — v. 19. 9. 34 in JW. 34/2632; auch KG. — 20. ZS. — v. 6. 11. 30 in HRR. 31 Nr. 351 = LZ. 31/527.

24) JW. 34/1253; 34/1920; 34/2632.

§ 4.

Insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Auch das Reichsgericht hat zu der Frage der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit verschiedentlich Stellung genommen. Aeltere Entscheidungen [25]) berühren das Problem nur insoweit, als es sich um die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach beendeter Instanz handelt, da die Gesetzgebung betr. die Erstattung von Armenanwaltsgebühren aus der Staatskasse (und damit die auftauchenden gebührenrechtlichen Streitfragen) erst neueren Datums sind [26]). Nach den genannten Entscheidungen ist nach Ablauf der Instanz eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für diese nicht mehr zulässig. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht aus § 114 ZPO. Gemäß dieser Bestimmung könne das Armenrecht für eine Instanz nur dann bewilligt werden, wenn es sich um eine von der armen Partei beabsichtigte Rechtsverfolgung bezw. Rechtsverteidigung handele, wenn also das Verfahren nicht schon durch Urteil beendet sei.

Von dieser Auffassung ist das Reichsgericht auch in neueren Entscheidungen nicht abgegangen [27]).

Soweit die Rückwirkung des Armenrechts bei Armenrechtsbewilligungen und Anwaltsbeiordnungen in Frage steht, die innerhalb der Instanz erlassen werden, lassen die vorliegenden einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts [28]) eine eindeutige und klare Stellungnahme vermissen. In dem Beschluß vom 9. Dez. 1929 [29] ist ausgeführt: „Die Bewilligung des Armenrechts hat, wenn im Beschluß nicht ausnahmsweise etwas anderes erklärt ist, keine rückwirkende Kraft. Für die Gerichtskosten ergibt sich das schon aus dem Wortlaut des § 115 Abs. 1 Ziffer 1, der bestimmt, daß die Bewilligung des Armenrechts die Befreiung von der Berichtigung (nur) der

---

25) vgl. Beschl. v. 27. 7. 80 in RGZ. 2/378; v. 27. 5. 95 in Gruch. 39/1128 — JW. 95/328; v. 29. 12. 03 in SA. 39/286; v. 30. 1. 04 in JW. 04/178.

26) vgl. Ges. v. 18. Dez. 19 — RGBl. I S. 2113; Ges. v. 6. Febr. 23 — RGBl I S. 103.

27) vgl. z. B. Beschl. des III. Sen. v. 26. 1. 32 in HRR. Nr. 986 = LZ. 32/1530.

28) vgl. Beschl. v. 9. 12. 29 in JW. 30/1488 = RGZ. 126/300; Beschl. v. 26. 1. 32 in HRR. 32 Nr. 886 = LZ. 32/1530; vgl. auch RGZ. 111/35.

29) RGE. 126/300.

rückständigen und künftigen Gerichtskosten herbeiführt . . . Es fehlt an jedem Rechtsgrund, den Rechtsanwalt in dieser Richtung schlechter zu stellen." Damit wird also die rückwirkende Kraft der Armenrechtsbewilligung grundsätzlich verneint, allerdings mit dem Beifügen: wenn im Beschluß nicht ausnahmsweise etwas anderes erklärt ist. Aus diesem Zusatz kann lediglich das eine entnommen werden, daß die von manchen Gerichten vertretene Auffassung, solche Beschlüsse seien in Bezug auf die Rückwirkungsanordnung absolut nichtig und unbeachtlich, vom Reichsgericht mißbilligt wird.

§ 5.

a) Rückwirkung kraft Anordnung.

Die gegebene Uebersicht über die Rechtsprechung zur Frage der Rückwirkung läßt erkennen, daß man früher überwiegend der Ansicht war, Armenrechtsbeschlüssen keine rückwirkende Kraft zumessen zu können. Erst die neuere Rechtsprechung scheint zum Teil diesen Standpunkt verlassen, und, einem dringenden praktischen Bedürfnisse folgend, das Armenrecht auch für die Vergangenheit gewähren zu wollen. Man wird die neuere Ansicht als zutreffend ansehen müssen.

Bei der Frage, ob es eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit gibt, das heißt, die Wirkungen des Armenrechts bereits in einem früheren Zeitpunkte als dem der Mitteilung, Verkündung oder Zustellung des Beschlusses, etwa mit Instanzbeginn, mit Gesuchstellung oder einem diesem naheliegenden Zeitpunkte eintreten oder eintreten können, ist davon auszugehen, daß das Gesetz Ausdrückliches hierüber nicht bestimmt hat. Weder die einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung noch die Bestimmungen des Gesetzes betr. die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen vom 20. Dez. 1928 enthalten etwas über den Beginn der Wirkungen des Armenrechts oder auch der Anwaltsbeiordnung. In § 115 Abs. 1 ZPO. ist lediglich gesagt, daß die dort aufgezählten Armenrechtswirkungen eintreten „durch die Bewilligung des Armenrechts". Aus diesem Wortlaute ist ein Argument nicht zu entnehmen. Mit dieser Feststellung ist man in der Beantwortung der Streitfrage auf den Weg der Gesetzesauslegung verwiesen. Es fragt sich somit, ob aus den Bestimmungen über das Armenrecht eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit als Wille des Gesetzes herauszulesen ist. Hierbei

kommt es nicht darauf an, daß ein solcher Wille besonders klar erkennbar, es genügt, daß er überhaupt offenbar ist, daß er sich irgendwie geäußert hat. In letzterem Falle ist die Aufgabe der Auslegung lediglich schwieriger.

Daß auch verfahrensrechtliche Vorschriften einer Auslegung fähig sind, dürfte keinen Bedenken unterliegen.

Die Auslegung einer oder einer Gesamtheit gesetzlicher Bestimmungen darf keinesfalls zu einem Ergebnis führen, das mit der Systematik des Gesetzes, insbesondere mit den Grundsätzen des Verfahrensrechts in Widerspruch steht.

Bewilligung des Armenrechts und Beiordnung des Armenanwaltes erfolgen, wie aus §§ 126, 127 ZPO. erhellt, durch Beschluß des Gerichtes. Nun hat man, um das Verbot der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen zu rechtfertigen, auf die Bestimmung des § 329 ZPO. verwiesen, nach der gerichtliche Beschlüsse zur Herbeiführung ihrer Wirksamkeit zu verkünden oder zuzustellen seien. In den Beschlüssen des OLG. Hamm — Kostensenat — vom 19. Dez. 1931 [30]) und vom 10. Nov. 33 [31]) ist in dieser Hinsicht ausgeführt: „Der Armenrechtsbeschluß wird, wie gerichtliche Beschlüsse überhaupt, erst mit der Verkündung oder Zustellung wirksam; die Hinzufügung einer Zeitbestimmung, wonach die Wirksamkeit mit einem früheren oder späteren Zeitpunkt eintrete, ist nach den Vorschriften der ZPO. unzulässig." — In dem Beschluß des OLG. Breslau — 4. ZS. — vom 7. Februar 1929 [32]) heißt es: „Sowohl der Beschluß vom 29. November 27 wie auch der angefochtene (die Rückwirkung anordnende Ergänzungs-) Beschluß waren gemäß § 329 Abs. 3 ZPO. als nicht verkündete Beschlüsse von amtswegen zuzustellen, erlangten also damit überhaupt erst ihre rechtliche Wirksamkeit; sie konnten daher diese Wirksamkeit garnicht auf einen früheren Zeitpunkt vorausverlegen". — Es ist zu unterscheiden zwischen der formellen Wirksamkeit und den sachlichen Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung. Das wird von den angeführten Entscheidungen verkannt. Die formelle Wirksamkeit besagt lediglich, daß die Entscheidung des Gerichts nunmehr „existent", vorhanden, als gerichtliche Maßnahme in der Welt ist. Mit ihrem Eintritt sind sowohl dem erlassenden Gericht wie der antragstellenden Partei in gewisser Weise die Hände gebunden; das

30) vgl. BBl. 32/64, 31) vgl. Jverw. Bl. 1934/33.

32) vgl. BBl. 1929/268.

Gericht kann die Entscheidung nicht mehr frei ändern [33]) (was wohl ginge, solange der Beschluß nur erst „abgesetzt" ist), der Partei ist eine wirksame Rücknahme des zugrundeliegenden Antrages nicht mehr möglich. Die sachlichen Wirkungen einer Entscheidung bestimmen sich dagegen nach ihrem Inhalt. Während die (formelle) Wirksamkeit eines gerichtlichen Beschlusses grundsätzlich allerdings erst mit seiner Verkündung oder Zustellung eintritt, zieht die Vorschrift des § 329 ZPO. den sachlichen Wirkungen keine zeitliche Grenze. Wohl ist die formelle Wirksamkeit, also die Verkündung oder Zustellung des Beschlusses, Voraussetzung seiner sachlichen Rechtswirkungen; denn nur eine Entscheidung, die „existent", formell wirksam ist, vermag sachliche Wirkungen auszulösen. Inwiefern § 329 ZPO. der Annahme einer Rückwirkung entgegenstehe, ist somit nicht zu ersehen.

Man hat weiterhin, um das Verbot der Rückbeziehung der Wirkungen einer Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung zu rechtfertigen, den Grundsatz aufgestellt, daß, von Ausnahmefällen abgesehen, gerichtliche Entscheidungen keine rückwirkende Kraft hätten. Da bei Armenrechtsbeschlüssen eine solche Ausnahme mangels einer dahinlautenden ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nicht vorliege, könne schon deshalb diesen Entscheidungen rückwirkende Kraft nicht zukommen [34]). Darüber hinaus ist Baumbach [35]) sogar der Ansicht, daß insbesondere gerichtliche Beschlüsse niemals rückwirkend seien. Ein Grundsatz, daß gerichtliche Entscheidungen keine rückwirkende Kraft hätten, kann jedoch nicht anerkannt werden. Es soll sich aus dem Umstande ergeben, daß dort, wo das Gesetz eine rückwirkende Kraft gesetzlicher Akte anerkenne, wie in §§ 496 Abs. 3, 693 Abs. 2 ZPO. dies ausdrücklich bestimmt worden sei [36]).

Wie wenig beweiskräftig die genannten Gesetzesstellen sind, mag zunächst daraus erhellen, daß das Kammergericht in dem Beschluß vom 8. Juni 1925 [37]) sich für seine entgegengesetzte Auffassung auf die gleichen Vorschriften beruft, in dem es ausführt, daß in ihnen der Gesetzgeber eine unbeschränkte Rückwirkung gerichtlicher Akte anerkannt habe.

33) Falls nicht die Aenderung besonders gestattet ist, vgl. Beweisbeschlüsse.

34) vgl. OLG. Köln — 7. ZS. — v. 2. 12. 29 in DRZ. 1930 Nr. 333.

35) ZPO. 6. Aufl. zu § 115 Anm. 1.

36) vgl. OLG. Köln — 7. ZS. — v. 2. 12. 29 in DRZ. 1930 Nr. 333.

37) vgl. JW. 25/2340.

Im übrigen: In §§ 496 Abs. 3, 693 Abs. 2 ZPO.[38]) wird für Wahrung einer Frist oder die Unterbrechung der Verjährung angeordnet, daß die Wirkung einer Zustellung unter gewissen Voraussetzungen schon als in einem früheren Zeitpunkte erfolgt anzusehen ist. Es handelt sich hier also um rein tatsächliche Vorgänge, denen das Gesetz eine Rückwirkung beimißt. Zwischen rein tatsächlichen gesetzlichen Vorgängen und gerichtlichen Entscheidungen besteht aber ein tiefgründiger Unterschied, der einen Vergleich und eventuelle Rückschlüsse nicht zuläßt. Während das Gesetz Ursache hat, die Wirkungen rein tatsächlicher gesetzlicher Akte im Einzelfalle ausdrücklich zu bestimmen, weil eine Bestimmung in anderer Form nicht denkbar ist, werden die Wirkungen gerichtlicher Entscheidungen wesentlich gerade in diesen selbst bestimmt. Und was sollte die Möglichkeit verschließen, daß sie inhaltlich auch Rechtsverhältnisse der Vergangenheit erfassen und bestimmen. Deshalb kann in Bezug auf gerichtliche Entscheidungen aus den genannten Bestimmungen irgendein Argument gegen die Zulässigkeit der Rückwirkung nicht entnommen werden.

Tatsächlich legen sich gerichtliche Entscheidungen auch vielfach für eine frühere Zeit als die ihres Erlasses, ihrer formellen Wirksamkeit Wirkung bei. Es ist nur an all die Entscheidungen in den Rechtsgestaltungsklagen zu denken, in denen eine Aenderung des Rechtszustandes mit rückwirkender Kraft verlangt wird, so an die Urteile in Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen gegen die Ehe (§§ 1322 ff., §§ 1330 ff.. BGB.), an Urteile in Anfechtungsklagen gegen die Ehelichkeit eines Kindes (§ 1596 BGB.), in Anfechtungsklagen betr. den Erbschaftserwerb — Feststellung der Erbunwürdigkeit — (§ 2342 BGB.), in Anfechtungsklagen gegen eine Entmündigung (§§ 664, 684 ZPO.), an Urteile in Klagen auf Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft (§ 309 HGB.), in Anfechtungsklagen gegen die Beschlüsse der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft (§ 271 HGB.); man denke ferner an die Urteile auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 771 ZPO., an die Urteile, die im Wiederaufnahmeverfahren eine frühere Entscheidung aufheben (§§ 578 ff. ZPO.), man denke endlich auch an die Unterhaltsbeiträge unterhaltsberechtigter Personen (vgl. §§ 1601, 1360, 1361, 843 BGB.), die durch Beschluß oder Urteil im Verfahren der einstweiligen Verfügung dem Unterhalts-

38) vgl. auch § 207 ZPO.

pflichtigen auch für die Vergangenheit auferlegt werden. Man denke insbesondere hinsichtlich Beschlußentscheidungen auch noch an die Beschlüsse nach § 319 ZPO., die auf die Zeit der Verkündung des Urteiles zurückwirken [39]). Aus den angeführten Beispielen mag zunächst entnommen werden, daß gerichtliche Entscheidungen mit Wirkung für die Vergangenheit nichts Außergewöhnliches sind, daß etwa von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit gesprochen werden könnte und müßte. Sie zeigen aber auch klar, worauf es ankommt, nämlich auf den sachlichen Inhalt der das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtssätze [40]). Bedingen diese Rechtssätze auch eine Rechtswirkung für die Vergangenheit, sei es immer oder im Einzelfall oder nur unter bestimmten Voraussetzungen, sei es von selbst oder durch besondere Anordnung, so wohnt sie der Entscheidung inne oder darf in ihr ausgesprochen werden. Das gilt für gerichtliche Entscheidungen aller Art, also auch für Beschlüsse. Warum letztere niemals rückwirkend sein sollen, ist nicht zu ersehen.

In verschiedenen Entscheidungen [41]) und auch im Schrifttum [42]) wird mit der Frage der Rückbeziehung der Armenrechtswirkungen die Frage berührt, ob die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung feststellenden (deklaratorischen) oder gestaltenden (konstitutiven) Charakter habe. Diese Feststellung soll von wesentlicher Bedeutung sein. Der Beschluß des LG. Koblenz vom 1. Juni 1932 [43]) bemerkt, daß in letzterem Falle nur vom Zeitpunkte des Wirksamwerdens des Bewilligungsbeschlusses an das Armenrecht bestehen könne. Der Grund dieser Annahme ist nicht einzusehen. Daß auch gestaltende Entscheidungen, wie z. B. die Entscheidungen in den verschiedenen Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen rückwirkende Kraft haben können und haben, ist bereits zur Genüge dargetan. In welcher Beziehung zu der hier erörterten Streitfrage der feststellende oder gestaltende Charakter der Armenrechtsbewilligung sonst von Bedeutung sein könne, ist nirgendwo dargetan und auch nicht zu erkennen. Es enthebt sich damit in diesem Zusammenhang ein weiteres Eingehen auf die Frage des rechtlichen Charakters der Armenrechtsbewilligung.

39) vgl. Baumbach ZPO. zu § 319 Anm. 3 B.
40) so: Schmidt in JW. 31/1058 ff.
41) vgl. z. B. JW. 33/564.
42) vgl. Schmidt in JW. 31/1058 ff.
43) vgl. JW. 33/564.

Nach dem Ergebnis der bisherigen Erörterungen stehen somit Bedenken allgemeiner und grundsätzlicher Art der Annahme einer Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen nicht entgegen, woraus folgt, daß die Arbeit der Gesetzesauslegung sich auf die Armenrechtssätze selbst beschränken kann.

Die sachlichen Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts sind in der Vorschrift des § 114 ZPO., die sachlichen Voraussetzungen für die Beiordnung eines Armenanwaltes in den Vorschriften der §§ 114, 115 Abs. 1 Ziffer 3 ZPO. enthalten. Nach § 114 ZPO. ist einer Partei, die außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhaltes die Kosten des Prozesses zu bestreiten, auf Antrag das Armenrecht zu bewilligen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Gemäß § 115 Abs. 1 Ziffer 3 ZPO. ist beim Vorliegen dieser Voraussetzungen der armen Partei auch ein Rechtsanwalt beizuordnen, wenn eine Vertretung durch Anwälte geboten ist (vgl. § 78 ZPO., §§ 33, 34 RAO.). Die Bewilligung des Armenrechts bezw. die Beiordnung eines Armenanwaltes gewähren der Partei die einstweilige kostenlose Führung des Prozesses; sie braucht vorerst weder Gerichts- noch Anwaltskosten und Auslagen zu zahlen. Diese Vorteile sollen nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes der armen Partei beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in möglichst weitgehendem Umfange zuteil werden. Das erhellt zunächst einmal unmittelbar aus der maßgebenden Bestimmung über die Wirkungen des Armenrechts selbst (§ 115 ZPO.). Hier gewährt das Gesetz mit der Bewilligung des Armenrechts die einstweilige Befreiung von der Berichtigung sogar noch der rückständigen Gerichtskosten und gerichtlichen Auslagen. Das Gesetz hat danach die Wirkungen des Armenrechts, soweit sie die Gerichtskosten betreffen, nicht von dem Zeitpunkt, in dem der Beschluß über das Armenrecht erlassen (mitgeteilt, verkündet oder zugestellt) wird, abhängig machen wollen, sondern im Falle der Armenrechtsbewilligung die Stundung sämtlicher (rückständiger) Gerichtskosten und gerichtlicher Auslagen angeordnet. Eine entsprechende Anordnung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten und Auslagen, vornehmlich der Anwaltsgebühren, verbot sich nur, weil damit das Gesetz unter Umständen in bereits entstandene Forderungsrechte des Anwaltes eingegriffen hätte. Daß das Gesetz der armen Partei die Vorteile des Armenrechts in möglichst

weitgehender Form zukommen lassen will, ergibt sich weiterhin allgemein aus seinem sozialen Zweck. Zweck der Armenrechtsgesetzgebung ist, daß Niemanden aus seinem materiellen Unvermögen ein rechtlicher Nachteil erwachsen soll. Zweck der Armenrechtsgesetzgebung ist insbesondere aber auch, daß eine arme Partei von ihr erhobene hinreichend aussichtsreiche und nicht mutwillige Ansprüche gerichtlich geltend machen kann „ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhaltes" (§ 114 ZPO.). Will das Gesetz der armen Partei die Vorteile des Armenrechts in möglichst weitgehendem Umfange — räumlich und zeitlich — zukommen lassen, will das Gesetz beim Vorliegen der Voraussetzungen der armen Partei keine Kosten mehr aufbürden, so muß von ihm eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung auch für die Vergangenheit gewollt sein. Würde man nach der gegenteiligen Auffassung die Wirkungen der Bewilligung und Beiordnung zeitlich an den Erlaß des Beschlusses binden, so wäre damit der Umfang des Armenrechtes von der mehr oder minder schnellen Erledigung des Gesuches abhängig; das Gericht könnte mit einer verspäteten Erledigung des Gesuches die arme Partei um die Rechte bringen, die ihr das Gesetz zugedacht hat, das heißt um die Rechte einer kostenlosen, von der Stellung des Antrages ab kostenlosen Prozeßführung. Angenommen die arme Partei läßt in einem Anwaltsprozeß das Armenrecht beantragen; aus irgendwelchen Umständen unterbleibt die sofortige Verbescheidung des an sich begründeten Gesuches; inzwischen entfallen Gerichts- und Anwaltskosten; erst dann wird das Armenrecht bewilligt und der Anwalt als Armenanwalt beigeordnet. Hinsichtlich der entfallenen Gerichtskosten erstreckt sich das Armenrecht nach § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. zwar auch auf die Rückstände, die entfallenen Anwaltskosten aber gehen — ohne die Anerkennung einer Rückwirkung — selbst dann zu Lasten der Partei, wenn der Anwalt sich mit Einreichung des Gesuches bereit erklärt hatte, den Rechtsstreit als Armenanwalt zu führen; denn ein Erstattungsanspruch gegenüber der Staatskasse würde nur wegen der Tätigkeit bestehen, die er nach der Beiordnung, das würde heißen nach Erlaß des Beiordnungsbeschlusses, ausgeübt hat. Man komme nicht damit, daß es ja Sache der Partei sei, den Prozeß erst nach Bewilligung des Armenrechtes und Beiordnung eines Armenanwaltes zu führen oder weiterzuführen, denn die Nichtbeachtung des Gesuches könne ihr nicht

entgehen [44]). Diese Erwägung ist aus verschiedenen Gründen nicht haltbar.

Zunächst gibt es Sachlagen, wo die Partei mit der Prozeßführung, ohne daß ihr Rechtsnachteile entstehen, nicht bis zur Entscheidung über ein von ihr eingereichtes Armenrechtsgesuch warten kann, etwa weil sie zur Wahrung einer Frist (vgl. z. B. § 942 ZPO.) oder um die Verjährung zu unterbrechen (vgl. § 209 BGB.) notgedrungen sofort Klage erheben muß, oder etwa weil die Art des geltend zu machenden Rechts eine besondere Beschleunigung erfordert (Arrest, einstweilige Verfügung). In diesen Fällen nützt es auch nicht immer, das Gericht unter Angabe der Gründe auf das Erfordernis beschleunigter Gesuchverbescheidung hinzuweisen [45]), insbesondere dann nicht, wenn das Armenrecht vom Prozeßgericht zu Unrecht verweigert und erst später im Beschwerdeverfahren, also nach Ablauf einer gewissen Zeit, bewilligt wird.

Des weiteren ist es ganz allgemein der armen Partei auch nicht zuzumuten, daß sich die Geltendmachung ihrer Rechte infolge einer verspäteten Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung verzögert. Jede Verzögerung bringt Rechtsnachteile mit sich. Durch die Armenrechtsgesetzgebung soll aber eine arme Partei gerade vor Rechtsnachteilen gewahrt werden. Auch hier kann der armen Partei nicht entgegengehalten werden, ihr Gesuch so rechtzeitig zu stellen, daß es rechtzeitig verbeschieden werden kann. In vielen Fällen ergibt sich das Erfordernis einer Rechtsverfolgung insbesondere einer Rechtsverteidigung ganz unvorhergesehen.

Endlich würde es nicht nur den Interessen der einzelnen Partei, sondern auch dem Interesse der Rechtspflege allgemein widersprechen, wollte man in allen sogenannten Armensachen mit dem Beginn oder der Weiterführung eines Prozeßverfahrens warten, bis über einen eingereichten Armenrechtsantrag, evtl. erst im Beschwerdeverfahren, entschieden worden ist. Daß eine Verzögerung des Verfahrens, eine Hinausschiebung der Entscheidung grundsätzlich überhaupt vermieden werden soll, ergibt sich vor allem auch aus der neuen Fassung des § 118a ZPO., wonach Erhebungen im Armenrechtsverfahren nur stattfinden sollen, „soweit dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist", und eine Vernehmung von Zeugen, die regelmäßig eine Verzögerung bedeutet, nur in Ausnahmefällen

44) vgl. OLG. Breslau v. 3. 10. 29 in HRR. 30 Nr. 61.
45) vgl. OLG. Breslau v. 3. 10. 29 in HRR. 30 Nr. 61.

zulässig ist. Daß das nur für „eilbedürftige Verfahren" gelten soll, wie der Beschluß des Kammergerichts vom 3. Juli 1928 [46]) bemerkt, ist nicht recht verständlich, denn insoweit ist schließlich jedes Prozeßverfahren „eilbedürftig".

Man kann die Fälle einer verzögerten Gesuchverbescheidung auch nicht als durch das Gericht verschuldete Einzelfälle hinstellen und die geschädigte arme Partei auf den Weg der Schadensersatzklage gegen den Staat gemäß § 839 BGB. verweisen. Es kommt verhältnismäßig häufig vor, daß ein Armenrechtsgesuch vom Gericht „verspätet" entschieden wird, zumal hier jeder Tag von Bedeutung sein kann; es geht verloren, es kommt dem Prozeßgericht durch eine auswärts schwebende Beweisaufnahme für deren Dauer aus den Augen oder aber der Geschäftsgang macht eine sofortige Prüfung und Verbescheidung unmöglich. Wohl in den wenigsten Fällen wird ein Verschulden des oder der Richter festzustellen sein. Die Annahme eines Verschuldens scheidet da überhaupt aus, wo das Armenrecht nach der Auffassung des Beschwerdegerichtes vom Gericht erster Instanz zu Unrecht verweigert und später im Beschwerdeverfahren bewilligt wird. Gerade dieser Fall zeigt besonders die Notwendigkeit einer Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit. Nach der gegenteiligen Ansicht hätte die arme Partei die vor der Beschwerdeentscheidung entstandenen Kosten selbst zu tragen, obwohl ihr vom Beschwerdegericht bestätigt wird, daß der das Armenrecht verweigernde Beschluß unrichtig war. Das kann aber unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen. Muß aber der Beschwerderichter befugt sein, innerhalb seiner Entscheidung die Wirkungen des Armenrechts zurückzubeziehen, so muß man folgerichtig dieses Recht auch dem Richter der ersten Instanz zugestehen [47]).

Dieser zwingenden Gesetzesauslegung gegenüber erweisen sich die verschiedenen Erwägungen und Hinweise der Gegenmeinung als nicht überzeugend.

Verschiedene Gerichte [48]) glauben allein schon aus dem Mangel einer a u s d r ü c k l i c h e n Gestattung der Rückwirkung schließen zu müssen, daß das Gesetz „bei der erschöpfenden Regelung" der Wirkungen des Armenrechts eine Rück-

46) JW. 29/132.
47) Schmidt in JW. 31/1058 ff.
48) vgl. OLG. Frankfurt a. M. — 6. ZS. — v. 2. 7. 27 in JW. 27/2155; OLG. Köln. — 7. ZS. — v. 2. 12. 29 in DRZ. 30 Nr. 333; OLG. Breslau v. 3. 10. 29 in HRR. 30 Nr. 61.

wirkung niemals gewollt haben könne. Diese Schlußfolgerung erfolgt zu Unrecht. Gesetzliche Bestimmungen in ihrem Wortlaut sind in Bezug auf ihren Inhalt niemals „erschöpfend", weil sie es nicht sein können. Deshalb beweisen Negative allein nie etwas. Hier beginnt ja gerade das große Gebiet der Gesetzesauslegung.

Andere Entscheidungen[49]) folgern aus der unterschiedlichen Fassung des Wortlautes der Bestimmungen §§ 115 Abs. 1 Ziffer 1 und Ziffer 3 ZPO., daß der Gesetzgeber eine weitere Rückwirkung als die in Ziffer 1 angeordnete gerade habe ausschließen wollen. Diese Auffassung übersieht, daß eine weitere ausdrückliche Rückwirkungsanordnung, eine Bestimmung auch hinsichtlich der rückständigen Anwaltskosten ähnlich der der rückständigen Gerichtskosten nur deshalb nicht in Frage gekommen ist, weil das Gesetz nicht über evtl. bereits entstandene Anwaltskosten bestimmen konnte. Aus § 115 Abs. 1 Ziffer 3 kann also nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber mit der Sonderbestimmung in Ziffer 1 der Rückwirkung habe eine Grenze setzen wollen. Vielmehr muß gerade aus dieser Bestimmung auf die Grundsätzlichkeit der Rückwirkung geschlossen werden, da in ihr der Gesetzgeber eine solche innerhalb des Armenrechtsverfahrens sogar ausdrücklich anerkannt hat. Daß der in Ziffer 1 enthaltene Rechtsgedanke nicht auf andere Beziehungen des Armenrechts erstreckt werden dürfe, wie Granzow[50]) meint, ist nicht zu ersehen.

Wohl in den meisten Entscheidungen[51]) der hier bekämpften Ansicht wird das Verbot einer Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit auf den Wortlaut der Bestimmung des § 114 ZPO. gegründet, wo von einer „beabsichtigten" Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung die Rede ist. Damit habe das Gesetz zum Ausdruck gebracht, daß es nur ein Armenrecht für die Zukunft kenne; denn das Armenrecht könne der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht dienlich sein, soweit diese zeitlich vor der Armenrechtsbewilligung liege. — Auch diese Erwägung schlägt die hier vertretene Auffassung nicht. Selbst wenn man

49) vgl. JW. 21/639; 25/1895; 28/2147.

50) JW. 25/740.

51) vgl. z. B. OLG. Kiel — 2. ZS. — v. 31. 1. 31 in JW. 31/1132; OLG. Dresden — 2.ZS. — v. 15. 2. 26 in JW. 26/1104; OLG. Kassel v. 3. 12. 25 in ZZP. 50/393; vgl. auch RG. v. 29. 12. 03 in SA. 39/286; RG. v. 30. 9. 29 in JW. 30/64.

dem Worte „beabsichtigte —“ die ihm in den genannten Entscheidungen zugedachte Bedeutung beimißt, würde zum mindesten das einer beschränkten Rückwirkung der Armenrechtsbeschlüsse nicht entgegenstehen. Denn jedenfalls ist das, was sich als beabsichtigte Rechtsverfolgung darstellt, vom Standpunkte der armen Partei aus, nicht vom Standpunkte des erkennenden Gerichtes aus zu beurteilen. Für die Partei aber ist die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung schon vor dem Erlaß des Beschlusses mit der Stellung des Antrages erkennbar beabsichtigt[52]), so daß auch jene Auffassung der Annahme einer Rückwirkung bis zum Zeitpunkte der Beantragung nicht entgegenstehen würde. Meines Erachtens kann aber aus dem Wortlaut: „beabsichtigte Rechtsverfolgung bezw. Rechtsverteidigung“ ein entscheidendes Argument in der Streitfrage überhaupt nicht entnommen werden. Diese Auffassung teilt auch Stein-Jonas[53]).

Zur Begründung des Verbotes einer Rückbeziehung der Wirkungen des Armenrechts ist ferner geltend gemacht worden, das beschließende Gericht entscheide nicht darüber, ob die Voraussetzungen für die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung bereits in einem früheren Zeitpunkte, sondern darüber, ob sie bei Beschlußfassung gegeben seien[54]). Das ist allerdings richtig, das Gericht muß bei einer sachlichen Prüfung des Armenrechtsgesuches die Verhältnisse zur Zeit des Beschlusses berücksichtigen. Das verschlägt die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Rechtswirkung für die Vergangenheit hier aber ebensowenig, wie bei allen anderen gerichtlichen Entscheidungen, denen rückwirkende Kraft zukommt. Bei all diesen Entscheidungen ist allerdings grundsätzlich der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung oder des Tages der Beschlußfassung gegebene Tatbestand für die zu treffende Entscheidung maßgebend. Trotzdem wirken sie zurück, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtssätze es erfordern. Ebenso muß auch bei der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung eine Rückwirkung eintreten oder eintreten können, wenn die Armenrechtsbestimmungen eine solche erheischen.

---

52) vgl. Schmidt: JW. 31/1058 ff.; 31/1781 ff.

53) ZPO. zu § 119 IV.

54) zutreffend LG. Koblenz Beschl. v. 1. 6. 32 in JW. 33/564; unrichtig nur, daß deklaratorischer Charakter der Armenrechtsbewilligung hierbei Voraussetzung sei.

Das sind im wesentlichen die Gründe, nach denen eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit ausgeschlossen sein sollen. Sie halten, wie gezeigt worden ist, einer Kritik nicht stand, insbesondere vermögen sie nicht darzutun, daß die Rechtssätze über das Armenrecht die Rückwirkung erkennbar verbieten.

Es gibt eine erhebliche Anzahl von Entscheidungen[55]), die die Rückbeziehung der Armenrechtswirkungen zwar nicht grundsätzlich und allgemein anerkennen, sie aber dennoch im Einzelfalle aus Billigkeitserwägungen zulassen. Es ist einmal schon nicht ganz unbedenklich, solchen Erwägungen innerhalb zwingender verfahrensrechtlicher Vorschriften Geltung zukommen zu lassen. Hierzu bemerkt das Oberlandesgericht Breslau — 11. ZS. — in seinem Beschluß vom 10. Oktober 1929[56]) wohl mit Recht: „Erweist sich eine gesetzliche Regelung im Einzelfalle als unbillig, so kann Abhilfe nur durch eine Aenderung des Gesetzes, nicht aber durch den Richter erfolgen. Sind aber Billigkeitsgründe auszuscheiden, dann kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Partei an der verspäteten Bewilligung des Armenrechts ein Verschulden trifft, oder ob diese auf einem Versehen des Gerichts beruht." Geht man (unrichtig) davon aus, daß die Armenrechtssätze selbst eine Rückwirkung nicht zulassen, so dürfen auch Billigkeitserwägungen keine Rolle spielen[57]). Erkennt man im übrigen eine Rückwirkung nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen als notwendig an, warum wählt man dann nicht den hier so einfachen, selbstverständlichen und überzeugenden Weg der Gesetzesauslegung. Bedenken jener Art wären damit abgetan.

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen der Streitfrage ist, daß das Gesetz eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung für die Vergangenheit — wenigstens unter gewissen Umständen — gewollt und auch erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Im weiteren fragt sich, welcher Zeitpunkt als maßgebend anzusehen ist. In Betracht kommt der Beginn der Instanz und der Tag der Einreichung des Gesuches oder ein diesem naheliegender Zeitpunkt.

---

55) vgl. RG. — 6. ZS. — in RGZ. 126/300 = JW. 1930/1468, KG. — 11. ZS. — in JW. 30/178; KG. — 14. ZS. — in JW. 30/731; OLG. Kassel — 2. ZS. — in JW. 29/3188; OLG. Dresden — 12. ZS. — in JW. 30/731; OLG. Jena — 2. ZS. — in JW. 27/1170.

56) BBl. 1930/167.

57) so: OLG. Köln — 7. ZS. — v. 2. 12. 29 in DRZ. Nr. 333.

Die Auffassung, daß die Wirkungen des Armenrechts in jedem Falle bereits bei Instanzbeginn eintreten, daß also jede Armenrechtsbewilligung und jede Anwaltsbeiordnung die gesamte Instanz umfasse, auch wenn sie etwa erst kurz vor Instanzbeendigung erfolgen, ist abzulehnen. Der viel erwähnte Beschluß des OLG. Frankfurt a. M. — 2. ZS. — vom 7. Okt. 1924[58]) zieht diese Folgerung in erster Linie aus dem Wortlaut des § 119 ZPO., der lautet: „Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders". Diese Vorschrift stellt aber lediglich den Grundsatz auf, daß die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung in einer Instanz nicht für die folgenden Instanzen wirken. Auch die weitere Erwägung der genannten Entscheidung, für eine Beschränkung der Erstattungspflicht des Staates in dem Sinne, daß nur die Gebühren für die nach Erlaß des Beschlusses liegende Tätigkeit des Anwaltes als zu ersetzen angesehen würden, lägen keinerlei innere Gründe vor, vielmehr werde der Zeitpunkt des Erlasses, ebenso wie schon der Zeitpunkt der Anbringung des Gesuches, meist durch Umstände bestimmt, die mit dem Eintritt oder dem Umfang der Bedürftigkeit des Gesuchstellers nichts zu tun haben, ist insoweit nicht haltbar. Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts und die Beiordnung eines Armenanwaltes erst nach Beginn des Prozeßverfahrens eintreten, sei es, daß die Partei zunächst zahlungsfähig ist und erst im Laufe des Verfahrens zahlungsunfähig wird, sei es, daß die Sache nach Ansicht des Gerichtes erst während des Rechtsstreites eine hinreichende Aussicht auf Erfolg gewinnt und nicht mutwillig erscheint. Sind aber für einen Teilabschnitt des Prozeßverfahrens die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts (noch) nicht gegeben, so darf für diesen auch eine solche nicht erfolgen.

Daß das Gesetz eine Rückwirkung des Armenrechts auf den Beginn des Rechtszuges als solchen nicht gewollt hat, ergibt sich auch unmittelbar aus den Bestimmungen § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. und § 3 Ges. v. 20. Dez. 28. Die erstgenannte Bestimmung ordnet bekanntlich die Befreiung der armen Partei von der Berichtigung auch der rückständigen Gerichtskosten an. Die Anordnung dieser b e s o n d e r e n Rückwirkung wäre bei einer a l l g e m e i n e n Rückwirkung auf den Beginn des Verfahrens überflüssig und daher unverständlich. Aus der weitergenannten Vorschrift geht hervor, daß eine Rückerstat-

58) JW. 24/1623.

tung gezahlter Kosten und Vorschüsse nicht verlangt werden kann (was übrigens bereits vor Erlaß dieser Bestimmung allgemein anerkannte Lehre war). Eine Rückwirkung in dem genannten Sinne auf den Beginn der Instanz als solche müßte aber die Verpflichtung zur Rückerstattung bereits gezahlter Kosten wohl zur Folge haben. Auch diese Vorschrift wäre danach unverständlich.

Fraenkel[59]) hält die Rückwirkung des Armenrechts auf den Instanzbeginn schon deshalb für notwendig, weil eine Teilung der Tätigkeit des Anwaltes, der während des Schwebens des Prozesses in der Instanz zum Armenanwalt bestellt wird, in eine Tätigkeit als Vertrauensanwalt und eine solche als Armenanwalt ein Unding sei; denn wenn z. B. die arme Partei hinsichtlich der Gebühren, die dem Anwalt aus seiner bisherigen Tätigkeit als Vertrauensanwalt zustehen, nicht die geforderten Vorschüsse entrichte, könne dann dieser sein Mandat niederlegen und damit würde auch seine Bestellung zum Armenanwalt gegenstandslos. — Weshalb in diesem Falle die Bestellung zum Armenanwalt gegenstandslos werden soll, ist nicht zu ersehen. Die Nichtzahlung des geforderten Vorschusses für eine Tätigkeit außerhalb derer für die der Anwalt beigeordnet worden ist, gibt ihm kein Recht, sodann auch das Amt als Armenanwalt niederzulegen. Im übrigen kommt eine Zweiteilung der Tätigkeit des Anwaltes in die eines Vertrauens- und Armenanwaltes auch sonst vor. Man denke nur an die Fälle, in denen das Armenrecht nur hinsichtlich eines Teilanspruches der Klage bewilligt wird. Man denke ferner an die Fälle späterer Klageerweiterung, in denen der erweiterte Anspruch keinesfalls von der vorhergehenden Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung erfaßt wird[60]).

Als Rückwirkungszeitpunkt kommt damit ernstlich nur der Tag der Armenrechtsbeantragung in Betracht, genauer der Tag, an dem dem Gericht ein ordnungsmäßiges, begründetes Gesuch vorliegt, das heißt, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechtes nachgewiesen ist. Tatsächlich entspricht dieser Zeitpunkt auch dem erkennbaren Willen des Gesetzes. Wir haben gesehen, daß das Gesetz die Freistellung von Kosten nicht von der mehr oder minder schnellen Entscheidung des Gesuches abhängig machen, son-

---

59) JW. 24/1616.

60) so auch Stein-Jonas, ZPO. zu § 119 II 1; OLG. Köln — 7. ZS. — v. 22. 1. 29 in BBl. 29/200 u. 13. 5. 30 in HRR. 30 Nr. 1859.

dern die arme Partei möglichst sofort in den Genuß der Vorteile des Armenrechtes setzen will, sobald die Voraussetzungen für die Bewilligung und, soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, die Beiordnung gegeben sind. Zu diesen Voraussetzungen gehört neben der Armut der Partei und der hinreichend aussichtsreichen und nicht mutwilligen Rechtsverfolgung in erster Linie auch, daß die Partei einen dementsprechenden Antrag stellt; denn nach § 114 ZPO. ist das Armenrecht nur auf Antrag zu bewilligen. Auch daraus erhellt, daß eine weitere Rückwirkung über den Tag der Antragstellung hinaus nicht in Frage kommen kann.

Damit ist nachgewiesen, daß der Wille des Gesetzes klar ist, daß das Gesetz die Rückwirkung des Armenrechts auf den Zeitpunkt der ordnungsmäßigen Antragstellung wenigstens in gewissen Fällen gewollt haben muß und gewollt hat, nämlich dann, wenn sie im Interesse des Antragstellers liegt und ihr sonstige Gründe nicht im Wege stehen.

Der Wille des Gesetzes, daß die Wirkungen des Armenrechts im Falle der Armenrechtsbewilligung (Beiordnung) bereits im Zeitpunkte der Antragstellung eintreten können, könnte sich in zweifacher Weise auswirken. Denkbar ist, daß die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Armenrechtsbeantragung, der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung von selbst innewohnt (sogenannte automatische, gesetzliche Rückwirkung); denkbar ist ferner, daß eine Rückwirkung nur dann und insoweit besteht, wenn und wie sie durch das Gericht angeordnet wird (gerichtlich angeordnete Rückwirkung). Die Meinung, nach der die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung von selbst auf den Zeitpunkt der Beantragung des Armenrechts zurückwirke, wird heute besonders im Schrifttum [61]) und hier vornehmlich von Schmidt [62]) vertreten. Diese Annahme ist jedoch nicht haltbar. Eine Rückwirkung, die von selbst eintritt, eine Rückwirkung kraft Gesetzes im Gegensatz zu einer Rückwirkung kraft richterlicher Anordnung müßte folgerichtig jedem Armenrechtsbewilligungs- und Beiordnungsbeschluß eigen sein. Denn das Gesetz kann ja zwischen den einzelnen Beschlüssen hinsichtlich ihres Inhaltes keine Unterschiede machen. Daraus folgt, daß die Annahme einer Rückwirkung kraft Gesetzes schlechthin voraussetzt, daß

---

61) vgl. Schmidt in JW. 31/1058 ff.; 31/1781 ff.; Friedlaender in JW. 31/1853; Geyershöfer in JW. 32/123 u. 33/564.

62) JW. 31/1058 ff.

es keine Armenrechtsbeschlüsse gibt, die eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Beantragung nicht gestatten. Tatsächlich gibt es aber Sachlagen, bei denen eine Rückbeziehung der Armenrechtswirkungen ausgeschlossen ist. Das ist offenbar von Schmidt[63]) und den anderen Vertretern der hier widersprochenen Rechtsmeinung übersehen worden. Man nehme den nachfolgenden Fall: Im Laufe eines in der Instanz schwebenden Verfahrens im Anwaltsprozeß wird — was ohne weiteres zulässig ist — seitens der Partei selbst ein Armenrechtsgesuch eingereicht, und ihm auch nach Ablauf einer gewissen Zeit stattgegeben mit der Maßgabe, daß ihr Vertrauensanwalt als Armenanwalt beigeordnet wird. Dieser hat zwischen dem Tage der Gesuchstellung und dem Tage der Gesuchverbescheidung irgendeine gebührenpflichtige Tätigkeit ausgeübt oder es sind Auslagen entstanden. — Würde die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung, die ohne Kenntnis des Anwaltes erfolgte, schlechthin in jedem Falle, also auch in diesem, rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der Armenrechtsbeantragung haben, so wäre von diesem Zeitpunkte an die Tätigkeit des Anwaltes die eines Armenanwaltes und die Partei von der Verpflichtung zur Zahlung der genannten Gebühren oder Auslagen einstweilen befreit und damit der Anwalt durch das Gericht nachträglich um einen bereits entstandenen Gebührenanspruch gegen die Partei gebracht. Eine solche Wirkung kann der Armenrechtsbeschluß jedoch nicht ausüben, weil § 115 ZPO. die Befreiung von der Entrichtung rückständiger Kosten ausdrücklich auf die Gerichtskosten beschränkt hat. Das Gericht kann den Anwalt nicht nachträglich zwingen, Handlungen, die er vor dieser Beiordnung vorgenommen hat, als „vorläufig unentgeltliche“ gegenüber der Partei gelten zu lassen[64]). Bei Sachlagen dieser Art kann somit eine Rückwirkung der Anwaltsbeiordnung nicht in Frage kommen. Ob hier der Fall anders zu betrachten wäre, wenn der Anwalt selbst das Armenrechtsgesuch eingereicht hätte, vielleicht aus dem Gesichtspunkt der Einwilligung in die Behandlung als Armenanwalt vom Zeitpunkte der Einreichung des Antrages[65]), spielt bei dieser Erörterung keine Rolle. Hier handelt es sich darum, ob es überhaupt praktisch Sachlagen gibt, die eine Rückwirkung nicht gestatten; das beweist er eindeutig. Diese

63) JW. 31/1058 ff.; 31/1781 ff.
64) vgl. JW. 28/1519; JW. 29/3188; DRZ. 29/580.
65) vgl. Beschl. OLG. Kassel v. 5. 9. 29 in JW. 29/3188.

Feststellung hat aber zwingend zur Folge, daß die Annahme einer Rückwirkung des Armenrechts kraft Gesetzes, die sogenannte automatische Rückwirkung, auszuscheiden hat.

Eine gesetzliche (automatische) Rückwirkung von Armenrechts- und Beiordnungsbeschlüssen wäre aber auch praktisch unbrauchbar. Man bedenke, daß in diesem Falle die Armenrechtsbeschlüsse eines besonderen Ausspruches über die Rückwirkung, insbesondere auch über den Rückwirkungszeitpunkt entbehren könnten, ja folgerichtig sogar entbehren müßten, ebenso wie andere ex tunc wirkende Entscheidungen eines ausdrücklichen Ausspruches dieser Wirkung entbehren. Seiner äußeren Form nach hätte ein solcher Beschluß also „lediglich" das Armenrecht zu bewilligen, evtl. einen Anwalt beizuordnen und sich einer Erklärung über die (gesetzliche) Rückwirkung und über die Rückwirkungszeit zu enthalten. Dieser Armenrechtsbeschluß bildet die Grundlage für das Gebührenerstattungsverfahren und hat weiterhin auch Bedeutung für die Kostenfestsetzung. Wie soll nunmehr in dem Erstattungsverfahren festgestellt werden, in welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die Bewilligung und Beiordnung, das heißt aber ein ordnungsmäßig gestellter und begründeter Antrag vorgelegen haben und hat? Die Kenntnis des Zeitpunktes der Rückwirkung ist doch in seiner Bedeutung für den Umfang der aus der Staatskasse zu erstattenden Gebühren für den Urkundsbeamten mit das Wesentlichste des ganzen Erstattungsverfahrens. Seine Feststellung kann aber unmöglich ihm überlassen sein. Dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle obliegt nur die Ausführung des Beschlusses, das heißt die Ansetzung der Kosten in dem Umfange, wie sie der Beschluß selbst ergibt. Mit Recht bemerkt hierzu der Kostensenat des Kammergerichts in seinem Beschluß vom 25. Mai 1932[66]). „Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle ist für die Festsetzung der Armenanwaltsgebühren an den Beschluß gebunden, und darf ihm nicht von sich aus eine größere Tragweite beilegen, als sich unmittelbar aus dem Inhalt des Beschlusses selbst ergibt. Er kann ihm keine rückwirkende Kraft beilegen, das kann nur das Prozeßgericht tuen.".

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle ist praktisch auch garnicht in der Lage festzustellen, in welchem Zeitpunkt das Armenrechtsgesuch ordnungsmäßig und begründet ist, weil ihm die nötigen Unterlagen fehlen. Es genügt ja nicht, aus

66) Gaedecke, Kostenrechtspr. Nr. 157.

den Akten festzustellen, an welchem Tage das Armenrechtsgesuch bei Gericht eingegangen ist, wenigstens nicht immer, weil Eingehen und Ordnungsmäßigkeit des Gesuches verschiedene Dinge sind. Beide können sich decken, brauchen es aber nicht; das Gesuch ist etwa noch nicht vollständig, es fehlt das Armutszeugnis oder das Vorbringen der Klagetatsachen in der Antragsschrift ist noch nicht schlüssig. Abgesehen davon ist der Tag der Einreichung des Gesuches später manchmal nicht mehr feststellbar; die Antragsschrift entbehrt eines Eingangsvermerkes oder die Urschrift ist verloren gegangen. Deshalb bemerkt der Beschluß des OLG. Breslau — 17. ZS. — vom 3. 10. 29[67]) insoweit zutreffend, daß bei einer stillschweigenden Rückwirkung eine genügend sichere Feststellung des Zeitpunktes, bis zu dem die Rückwirkung reichen solle, fehlen würde. Schmidt[68]) meint zwar, daß diese Bedenken sich leicht zerstreuen ließen; den Beweis hierfür ist er in seiner Abhandlung aber schuldig geblieben; dieser läßt sich auch gar nicht führen. So muß er am Ende seiner Ausführungen einräumen, daß in „Zweifelsfällen" eine Festsetzung des Zeitpunktes im Beschluß erforderlich sei. Darin liegt aber nach dem Gesagten eine gewisse Unlogik dieser Auffassung.

Aus all den Gründen ergibt sich zwingend, daß die Annahme einer gesetzlichen (stillschweigenden) Rückwirkung ausscheiden muß. Es kommt nur eine solche kraft richterlicher Anordnung in Frage, das heißt, die Rückbeziehung der Wirkung des Armenrechts ist nur da anzuerkennen, wo sie durch das Gericht angeordnet worden ist. In der Rechtsprechung hat sich diese Rechtsauffassung noch nicht durchzusetzen vermocht. Lediglich der Kostensenat des Kammergerichts hat vornehmlich in seinem Beschluß vom 25. Mai 1932[69]) die Befugnis der Gerichte ausdrücklich anerkannt, den Armenrechtsentscheidungen rückwirkende Kraft beizulegen. Der gleiche Senat hat auch noch in neuester Zeit verschiedentlich[70]) ausgesprochen, daß eine Rückwirkung des Armenrechts da, und nur da gegeben sei, wo der Armenrechtsbeschluß sich selbst ausdrücklich rückwirkende Kraft beilege. Aus den neueren

67) HRR. 30 Nr. 61.

68) JW. 31/1058 ff.

69) vgl. bei Gaedecke, Kostenrechtspr. Nr. 157.

70) vgl. JW. 33/228; 34/1252; 34/2632; vgl. auch KG. v. 6. 11. 30 in HRR. 31 Nr. 351 = LZ. 31/527; KG. in DJZ. 31/239; OLG. Kiel v. 5. 1. 29 in BBl. 29/103; LG. Koblenz v. 1. 6. 32 in JW. 33/564.

Entscheidungen geht allerdings nicht eindeutig hervor, ob das Kammergericht auch heute noch die Gerichte grundsätzlich für ermächtigt hält, die Rückwirkung anzuordnen. Die Ausführungen in dem Beschlusse vom 19. September 1934 [71]): „Die Anordnung der Rückwirkung als solche ist vielmehr als im Rahmen der gesetzlichen Funktionen des Gerichts vorgenommener Staatsakt wirksam und deshalb für die Entscheidungen über die kostenrechtlichen Auswirkungen im Verhältnis zur Staatskasse zu respektieren", — spricht dagegen, weil hier anscheinend nur gegen die Annahme einer Beschlußnichtigkeit Front gemacht wird; dafür sprechen die Ausführungen in dem Beschluß vom 23. Juni 1934 [72]): „So mag schließlich auch richtig sein, daß im vorliegenden Falle vielleicht Veranlassung gegeben wäre, die Entscheidung mindestens mit rückwirkender Kraft . . . auszurüsten". —

Mit der Annahme einer Rückwirkung nur kraft richterlicher Anordnung entfallen auch die verschiedensten Bedenken, die in der Rechtsprechung hinsichtlich der Wirkungen einer solchen Entscheidung aufgetaucht sind. So entkräftet sie zunächst einmal die Erwägung [73]), daß die Rückbeziehung der Wirkungen des Armenrechts zu „unabsehbaren Folgerungen" führe. Bei der hier vertretenen Stellungnahme der Rückwirkungskraft richterlicher Anordnung sind die Folgerungen eben nicht unabsehbar. Das erkennende Gericht ist in der Lage, ebenso wie bei der Bewilligung und Beiordnung für die Zukunft bei der rückwirkenden die Folgerungen abzuwägen [74]). Dem steht nicht entgegen, daß für die zu fällende Entscheidung in erster Linie der Tatbestand im Zeitpunkte der Beschlußfassung maßgebend ist. Darüber hinaus kann sich die gerichtliche Prüfung des Sachverhaltes aber auch darauf erstrecken, ob die Voraussetzungen des Armenrechts schon in einem früheren Zeitpunkt als dem der Beschlußfassung vorliegen und ob andere Gründe der Anordnung einer Rückwirkung entgegenstehen; je nachdem kann sie angeordnet werden oder nicht.

Auch der Kostensenat (10. jetzt 6.) des OLG. Hamm lehnt eine Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen u. a. wegen „unlösbaren Schwierigkeiten" ab. In der ausführlichen Entscheidung vom 10. November 1933 [75]) heißt es: „Und wie ver-

71) JW. 34/2632.
72) JW. 34/1920.
73) vgl. OLG. Köln in DRZ. 30 Nr. 751; vgl. auch BBl. 30/169.
74) zutr.: LG. Koblenz v. 1. 6. 32 in JW. 33/564.
75) JustVerwBl. 1934/33.

hält es sich bei der Rückbeziehung der Armenrechtsbewilligung auf den Zeitpunkt der Stellung eines begründeten Gesuches mit den Ansprüchen des Rechtsanwalts gegenüber der Partei und der Staatskasse? Es ist Sache des Vorsitzenden des Prozeßgerichts den für die arme Partei zu bestellenden Anwalt auszuwählen. Fällt die Wahl nicht auf den Anwalt, der die Partei bisher vertreten hat, so fragt es sich, ob die arme Partei den nicht bestellten, aber bisher tätig gewesenen Anwalt gegenüber vom Zeitpunkt der Stellung des Antrages ab von der Entrichtung der ihm zustehenden Gebühren einstweilen befreit ist, und ob der bestellte Anwalt der Staatskasse gegenüber Ansprüche auf Gebühren hat, wie wenn er in jenem Zeitpunkt bestellt worden wäre." Diese Hinweise erschüttern die hier vertretene Auffassung in keiner Weise; die aufgeworfenen Fragen lassen sich bei der Annahme, daß die Rückwirkung von Fall zu Fall durch richterliche Entscheidung angeordnet werden kann oder nicht, einfach und leicht beantworten. Es ist bereits bemerkt, daß die Ansprüche des Rechtsanwalts gegenüber der Partei, soweit sie nach der Beantragung des Armenrechtes entstanden sind, durch einen nachträglichen Gerichtsbeschluß so ohne weiteres nicht gestundet werden können. Eine Stundung ist nur dann möglich, wenn sich der Anwalt bereit erklärt hatte, in Erwartung der Beiordnung für die Partei tätig zu sein[76]). Bestellt der Vorsitzende des Prozeßgerichtes, wozu er an sich befugt ist, einen anderen als den bisher tätigen Anwalt zum Armenanwalt, so kommt deshalb die Anordnung der Rückwirkung der Anwaltsbeiordnung überhaupt nicht in Frage und hinsichtlich der Gerichtskosten greift bei einer Armenrechtsbewilligung vor Beendigung der Instanz die Vorschrift des § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. ein. Damit beantwortet sich auch die zweite Frage: ein bestellter neuer Anwalt hat selbstverständlich nur für die Zeit vom Zeitpunkte seiner Bestellung ab Gebührenansprüche gegenüber der Staatskasse. Insoweit führt der Beschluß des OLG. Hamm — 10. ZS. — vom 15. 10. 28[77]) — und ähnliche andere Entscheidungen[78]) zutreffend aus: „Für den Erstattungsanspruch des Anwaltes gegenüber dem Staat ist immer zu unterstellen, daß der zum Armenanwalt erwählte Rechtsanwalt erst im Augenblick der Zustellung des Armenrechtsbeschlusses in den Prozeß

---

76) so auch Stein-Jonas a. a. O. zu § 119 IV.

77) BBl. 28/26.

78) vgl. z. B. OLG. Breslau v. 3. 10. 29 in HRR. 30 Nr. 61.

eingetreten ist und daß er einen Erstattungsanspruch nur insoweit hat, als er auch gegen die Partei einen Gebührenanspruch hätte, wenn er von ihr in diesem Zeitpunkte bestellt worden wäre." — Es ist allerdings von den Gerichten zu erwarten, daß sie im Interesse der armen Partei und auch im Interesse des Anwaltes, der in Erwartung der Beiordnung für diese tätig wird, von der Beiordnung eines anderen Anwaltes im allgemeinen Abstand nehmen und so dann von der Möglichkeit Gebrauch machen, der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung rückwirkende Kraft beizulegen.

Die Annahme einer gerichtlich anzuordnenden Rückwirkung zerstreut endlich auch das ähnliche vom OLG. Frankfurt — 3. ZS. — [79]) geäußerte Bedenken, daß im Falle der Zulassung einer Rückwirkung „jegliche feste Abgrenzung der Rechtsfolgen in dem Rückwirkungszeitraum" fehle. Das Gericht ist eben befugt und auch in der Lage, innerhalb der Rückwirkungsanordnung die Grenzen zu bestimmen und festzulegen.

Damit fragt es sich, wie ein Armenrechtsbeschluß mit Rückwirkungsanordnung äußerlich beschaffen sein muß.

b) Form der Anordnung.

Die gerichtliche Anordnung der Rückwirkung einer Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung gehört zum Inhalt der gerichtlichen Entscheidung, genau so, wie die Anordnung der Armenrechtsbewilligung und die Anordnung der Beiordnung selbst. Daraus folgt, daß sie auch in der Form der gerichtlichen Entscheidung zu erfolgen hat. Der Wille des Gerichtes, die Rückwirkung anzuordnen, muß also beschlußmäßig abgefaßt, sodann verkündet oder zugestellt (mitgeteilt) werden [80]). Daß der Wille des Gerichts, der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung rückwirkende Kraft auf einen bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit beizulegen, auch anderweitig rechtswirksam zum Ausdruck kommen könne, etwa durch nachträgliche Aeußerung innerhalb eines Erinnerungs- oder Beschwerdebeschlusses im Kostenverfahren, erscheint daher ausgeschlossen. Offenbar anderer Ansicht ist der Kostensenat des Kammergerichts in der grundlegenden

79) vgl. Beschl. v. 12. 2. 29 in BBl. 29/152.
80) vgl. auch Baumbach § 119 ZPO. Anm. 1.

Entscheidung vom 25. Mai 1932[81]), wo u. a. ausgeführt ist: „Lediglich bei begründeten Zweifeln kann eine Auslegung des Armenrechtsbeschlusses in Frage kommen oder nachträgliche Willenskundgebungen des Gerichtes Berücksichtigung finden." — Diese Auffassung wird auch von Gaedecke[82]) geteilt. Sie läßt sich jedoch nicht begründen. Tatsächlich sind aus der Praxis Fälle bekannt, in denen das Gericht, das in seinem Armenrechtsbeschlusse lediglich nur das Armenrecht bewilligt und einen Anwalt beigeordnet hatte, späterhin gelegentlich der Kostenerstattung im Erinnerungsverfahren erklärte, seinem Beschlusse komme rückwirkende Kraft zu[83]). Eine solche Erklärung des Gerichts gelegentlich und innerhalb einer anderen späteren Entscheidung ist rechtlich ohne jede Wirkung. Das hat nichts mit der Möglichkeit zu tun, daß, wie alle gerichtlichen Entscheidungen, auch Armenrechtsbeschlüsse beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 319 ZPO.) ergänzt oder berichtigt werden können. Daß eine spätere „beiläufige" Aeußerung des Gerichts, ein von ihm erlassener Armenrechtsbeschluß habe rückwirkende Kraft, ohne Wirkung ist, erhellt auch daraus, daß die Nichtanordnung der Rückwirkung im Armenrechtsbeschluß der Partei unter Umständen ein Recht vorenthält, das sie im Rechtsmittelwege zu erlangen, die Möglichkeit haben muß. Rechtsmittel gibt es aber nur gegenüber Erklärungen des Gerichts in der für diese vorgesehenen Form. Unterläßt das Gericht in dem das Armenrecht bewilligenden Beschluß entgegen dem Antrage der Partei die Anordnung der Rückwirkung, so ist ihr Antrag insoweit als abgelehnt anzusehen, mit der sich daraus ergebenden Möglichkeit der Beschwerde.

Schwieriger ist die Frage, inwieweit die Anordnung der Rückwirkung ausdrücklich sein muß. Wie von jeder gerichtlichen Entscheidung wird man auch hier eine hinreichende Klarheit und Eindeutigkeit des Ausspruches verlangen müssen. Als klar und eindeutig wird die Entscheidung aber nur dann anzusehen sein, wenn bei einem Beschlusse mit Rückwirkungsanordnung insbesondere auch der Zeitpunkt, bis zu dem die Rückwirkung reichen soll, benannt ist. Es ist zu bedenken, daß der Armenrechtsbeschluß im Kostenverfahren, insbesondere auch bei der Kostenerstattung grundlegend ist.

81) vgl. in Gaedecke Kostenrechtspr. Nr. 157.
82) vgl. Berliner Anwaltsblatt 31/209.
83) vgl. z. B. JW. 34/2632.

Für die Gebührenberechnung und Ansetzung kann unter Umständen jeder einzelne Tag von Bedeutung sein. Es ist bereits bemerkt, daß bei fehlender Zeitangabe nicht ohne weiteres der Tag der Einreichung des Antrages als Zeitpunkt der Rückwirkung angenommen werden kann, da der Tag entscheidend ist, an dem ein begründetes Gesuch dem Gericht vorliegt. Deswegen muß der Armenrechtsbeschluß selbst den notwendigen Anhalt geben; keinesfalls kann bei einem Beschlusse, in dem lediglich das Armenrecht bewilligt und ein Anwalt beigeordnet ist, eine Rückwirkungsanordnung im Wege der Auslegung gefunden werden[84]). Eine genaue zahlenmäßige Bezeichnung des Rückwirkungstages ist nicht unbedingt erforderlich; es genügen z. B. die Worte: „Von Beginn des Verfahrens"[85]) oder „für das gesamte Verfahren der Instanz", jedoch kaum der Zusatz: „nachträglich"[86]) oder „rückwirkend". Wünschenswert ist jedenfalls, daß der Wortlaut einer Armenrechtsentscheidung möglichst immer die genaue Angabe des Tages, bis zu dem die Rückwirkung reicht, enthält. Es läßt sich doch ungemein einfach durch einen Vordruck bewerkstelligen, daß jede Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung den Tag des Eintrittes der Wirkungen bezeichnet. Diese Feststellung macht dem Gericht gewiß keine wesentliche Mühe, das Kostenerstattungs- und Festsetzungsverfahren wäre bedeutend erleichtert und mancher Erinnerung und Beschwerde die Spitze abgebrochen.

c) Beschlußergänzung.

Zweifelhaft ist, inwieweit ein bereits wirksam gewordener Armenrechtsbeschluß im Sinne einer Rückwirkung nachträglich ergänzt, genauer, berichtigt (§ 319 ZPO.) werden kann. Daß die Anordnung der Rückwirkung späterhin noch jederzeit durch Beschlußergänzung (-berichtigung) im Sinne des § 319 ZPO. erfolgen könne, wie der Kostensenat des Kammergerichts offenbar meint[87]), ist abzulehnen. Die Ergänzung eines Beschlusses nach der genannten Vorschrift kommt nur insoweit

84) vgl. KG. — 20. ZS. — v. 6. 11. 30 in HRR. 30 Nr. 351 = LZ. 31/527; KG. in DJZ. 31/239; LG. Trier vom 13. 6. 29 in ZZP. 55 S. 253; vgl. auch Baumbach ZPO. zu § 115 Anm. 1.

85) vgl. JW. 29/3190.

86) a. M. JW. 33/1082.

87) vgl. Beschl. v. 19. 9. 34 in JW. 34/2632; auch KG. v. 6. 11. 30 in HRR. 1931 Nr. 351 = LZ. 31/527.

in Frage, wie es sich um die Berichtigung eines Versehens handelt, daß bei der Erklärung des Willens der am Beschluß mitwirkenden Richter vorgekommen ist[88]). Läßt der Armenrechtsbeschluß den Willen des Gerichts, ihm rückwirkende Kraft beizulegen, in keiner Weise erkennen, so kann von „Unstimmigkeiten zwischen Wille und Ausdruck“ [89]) von versehentlichen Auslassungen nicht die Rede sein. In solchem Falle scheidet die Möglichkeit der Beschlußergänzung nach § 319 ZPO. ohne weiteres aus. Das Verfahren mancher Gerichte[90]), den Armenrechtsbeschluß auf die Erinnerung des Rechtsanwalts im Sinne einer Rückwirkung zu ergänzen, ist daher ungesetzlich.

Hat das Gericht die Anordnung der Rückwirkung (versehentlich) nicht ausgesprochen, so bedarf es aber auch garnicht der Anwendung der Vorschrift des § 319 ZPO. um diesen Mangel zu beheben. Während der bereits vorliegende Beschluß das Armenrecht erst vom Zeitpunkte seines Erlasses ab bewilligt, steht nichts im Wege, daß das Gericht durch einen weiteren Beschluß das Armenrecht für die Rückwirkungszeit bewilligt und insoweit auch den Anwalt beiordnet. Das muß genau so möglich sein, wie wenn das Gericht das Armenrecht zunächst für einen Teil des Klageanspruches und nachträglich durch einen zweiten Beschluß hinsichtlich eines weiteren oder des ganzen restlichen Teiles bewilligt. Inwieweit zeitlich der Ablauf der Instanz dem Erlaß des weiteren Beschlusses evtl. eine Grenze setzt, hängt mit der Frage zusammen, ob überhaupt nach Ablauf der Instanz eine Armenrechtsbewilligung noch zulässig und möglich ist[91]).

d) Voraussetzungen der Rückwirkungsanordnung.

Im Gange der weiteren Erörterung fragt sich, unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Rückwirkung der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung anordnen muß. Die Rückwirkung ist immer dann anzuordnen, wenn

88) vgl. OLG. Frankfurt — 3. ZS. — v. 22. 1. 32 3 W. 19/32; OLG. Kiel — FS. — v. 13 .9. 30 2a W 150/30; OLG. Naumburg — 6. ZS. — v. 25. 3. 31 in BBl. 31/211.

89) vgl. Baumbach, ZPO. zu § 319 Anm. 2.

90) vgl. z. B. BBl. 29/268.

91) vgl. hierzu S. 46 ff.

erstens ein dahin gehender Antrag der Partei vorliegt, zweitens es ihren Interessen dienlich und drittens kein Eingriff in die Gebührenforderungen des in dem Verfahren tätigen Anwaltes gegeben ist.

Man wird sagen müssen, daß ein auf Rückwirkung gerichteter Antrag stets vorliegt. Die arme Partei will eben vom Augenblicke der Gesuchstellung ab für die Prozeßführung keine Kosten mehr aufwenden. Der Auffassung des OLG. Kiel — 4. ZS. — in dem Beschluß vom 20. Juni 1934 [92]), daß einen ausdrücklichen Antrag fordert, ist daher nicht beizupflichten.

Wann ist nun die Rückwirkungsanordnung dem Interesse der Partei dienlich? Erfolgt die Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung vor Beginn des Instanzverfahrens, kommt die Anordnung der Rückwirkung naturgemäß nicht in Betracht. Bei einer Beschlußfassung nach Beginn und während des Schwebens der Instanz dient sie den Interessen der Partei immer dann, wenn in der Zeit zwischen Antragstellung und Beiordnung die Tätigkeit des Anwaltes Gebühren ausgelöst hat oder Auslagen entstanden sind. Das ist vornehmlich dann der Fall, wenn zwischen dem Tage der Anbringung des Armenrechtsgesuches und dem Tage der bewilligenden Entscheidung ein größerer Zeitraum liegt; es kann aber auch schon bei einem kleineren Zeitraum, unter Umständen einem einzigen Tage möglich sein. Praktisch dient daher die Anordnung der Rückwirkung nach Beginn der Instanz den Interessen der Partei wenn auch nur aus Gründen der Vorsicht, eigentlich immer.

Die Anordnung der Rückwirkung erweist sich besonders dann als notwendig, wenn das Armenrechtsgesuch gleichzeitig mit der Klageschrift eingereicht wird. Ohne eine Rückbeziehung des Armenrechts würde sich ergeben, daß der (die Schriften überreichende und später beigeordnete) Anwalt zur Zeit der Einreichung der Klageschrift noch nicht als Armenanwalt zu gelten hat, seine Tätigkeit insoweit also zu Lasten der Partei ginge. Um dieser Wirkung vorzubeugen, auch im Interesse des Anwaltes selbst, der nach Ansicht mancher Gerichte [93]) als erst nach Klageeinreichung beigeordneter Anwalt Anspruch nur auf eine halbe Prozeßgebühr hat, ist man in der Praxis dazu übergegangen, mit dem Armenrechtsgesuch zunächst nur den

92) JW. 34/2498.

93) vgl. z. B. KG. v. 19. 1. 35 — 20. ZS. — in JustVerwBl. 35/129; a. M. Walther-Joachim-Friedlaender RAGebO. zu § 13 Anm. 9.

Entwurf der Klageschrift einzureichen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhange eine neuere Entscheidung des Kostensenates des Kammergerichts[94]), der der nachfolgende Sachverhalt zu Grunde lag. Ein Anwalt hatte mit dem Armenrechtsgesuch die Klageschrift zwar in Urschrift überreicht, jedoch mit dem Bemerken, diese erst nach Bewilligung des Armenrechts als eingereicht zu betrachten. Dem hat das Kammergericht keine Bedeutung beigemessen, vielmehr die Klage als sofort eingereicht und damit den Anwalt als zur Zeit der Klageeinreichung noch nicht beigeordnet angesehen mit der Folge, daß ihm nur eine halbe Prozeßgebühr aus der Staatskasse zugebilligt worden ist. Wohl niemand wird sagen wollen, daß die Notwendigkeit der oben genannten Verfahrensform, mit dem Armenrechtsgesuch nur erst den Entwurf der Klageschrift einzureichen einer gesunden Rechtsauffassung entspricht, ganz abgesehen davon, daß eine solche Behandlung mit ihrer Verzögerung die arme Partei möglicherweise schädigt[95]). Dieser „Kunstkniff" erweist sich aber von dem Augenblicke an als nicht mehr notwendig, wo alle Gerichte dazu übergehen, in solchen Fällen die Wirkungen des Armenrechts auf den Instanzbeginn als dem Zeitpunkte der Antragstellung zurückzubeziehen.

Die Anordnung der Rückwirkung dient dem Interesse der armen Partei weiterhin vor allem bei der Armenrechtsbewilligung in der Beschwerdeinstanz und hier auch dann, wenn das Beschwerdegericht, wie es in der Praxis meistens geschieht, „nur" das Armenrecht bewilligt und die weiteren Anordnungen (vgl. § 575 ZPO.) wie die Anwaltsbeiordnung dem Gericht der ersten Instanz überläßt. Die Annahme, daß es hinsichtlich der Anwaltskosten ja genüge, der Beiordnung allein rückwirkende Kraft beizulegen, da wegen der Gerichtskosten § 115 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. eingreift, wäre verfehlt. Eine Rückwirkung der Beiordnung allein ist naturgemäß unmöglich, denn die Wirkungen der Beiordnung können nicht in einem früheren Zeitpunkte eintreten, als die Wirkungen des Armenrechts überhaupt[96]).

Die Anordnung der Rückwirkung ist, auch wenn sie dem Interesse der armen Partei dienlich wäre, da ausgeschlossen, wo sie auf eine Beschränkung bereits erworbener Gebühren-

94) JW. 33/228.

95) vgl. KG. v. 27. 9. 29 in JW. 30/731.

96) vgl. Gelinsky-Meyer a. a. O. S 151; Baumbach, ArmAnwGes. zu § 1 Anm. B.

ansprüche des Anwaltes hinauslaufen würde. Allerdings ist hier eine wichtige und praktisch bedeutsame Einschränkung zu machen; denn das gilt nicht, falls der beigeordnete bisherige Vertrauensanwalt der armen Partei zu erkennen gibt, daß er vom Zeitpunkte der Einreichung des Armenrechtsantrages als Armenrechtsanwalt behandelt werden wolle [97]).

Ob das allein schon aus dem Umstande zu entnehmen ist, daß der Anwalt selbst im Auftrage der Partei das Armenrechtsgesuch überreicht hat, scheint fraglich. Zweckmäßig wird dem Gesuch in Zweifelsfällen eine entsprechende Erklärung beizufügen evtl. von dem richterlichen Fragerecht Gebrauch zu machen sein. Jedenfalls sollten aber die Gerichte von der Möglichkeit der freien Auswahl des beizuordnenden Anwaltes (§ 36 RAO.) in solchen Fällen keinen Gebrauch machen, sondern den in der Sache bereits tätigen Anwalt beiordnen, zumal die arme Partei unter Umständen doppelte Gebühren zu zahlen hätte, da die Gebühren des Armenanwaltes ihr doch nur gestundet sind.

§ 6.

Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz.

In den bisherigen Erörterungen war die Rede von der Rückwirkung von Armenrechtsbeschlüssen, die innerhalb der Instanz ergehen. Eine weitere Frage ist, ob auch noch nach Beendigung der Instanz das Armenrecht bewilligt oder ein Anwalt beigeordnet werden kann. Abgesehen von dem Umstande der Instanzbeendigung ist bei beiden Sachlagen die Problematik die gleiche. Eine evtl. zulässige Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz setzt erst recht die Zulässigkeit der Rückbeziehung der Wirkungen des Armenrechts voraus, da inhaltlich die Wirkung eines solchen Beschlusses sich geradezu in der Rückwirkung erschöpfen würde.

Man wird bei der Frage einer Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz unterscheiden

97) OLG. Kassel — 2. ZS. — v. 5. 9. 29 in JW. 29/3188.

müssen, in welchem Zeitpunkte die Beantragung des Armenrechts erfolgt ist, ob vor oder nach Beendigung der Instanz. Sicherlich in letzterem Falle, also wenn der Antrag erst nach Instanzende gestellt ist, kann eine Armenrechtsbewilligung oder Anwaltsbeiordnung nicht mehr in Betracht kommen; das schon deshalb nicht, weil eine weitere Rückbeziehung der Armenrechtswirkungen als eine solche auf den Zeitpunkt der Antragstellung ausgeschlossen ist[98]).

Anders ist die Rechtslage, wenn die Beantragung noch vor Ablauf der Instanz erfolgt ist, das heißt, wenn zu dieser Zeit schon alle Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts bezw. die Beiordnung eines Armenanwaltes vorgelegen haben. In der Rechtsprechung[99]) und im Schrifttum[100]) wird auch in diesem Falle wohl überwiegend die Möglichkeit einer Armenrechtsbewilligung wie Anwaltsbeiordnung verneint. Die herrschende Auffassung kann aber nicht als zutreffend anerkannt werden. Sie nimmt zu Unrecht an, daß die Rechtssätze über das Armenrecht eine nachträgliche Bewilligung und Beiordnung erkennbar verbieten.

Die herrschende Ansicht stützt sich in erster Linie auf die gleichen Gründe, aus denen sie zum Teil eine Rückwirkung überhaupt für nicht zulässig erachtet. So ist in dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 29. Dezember 03[101]) — und ähnlich auch in anderen einschlägigen Beschlüssen —[102]) ausgeführt: „Nach § 114 ZPO. ist die Bewilligung des Armenrechts an die Voraussetzung geknüpft, daß die beabsichtigte Rechtsverfolggung . . . Diese Bestimmung weist daraufhin, daß das Armenrecht für eine Instanz nur dann bewilligt werden kann, wenn es sich dabei um eine von der armen Partei beabsichtigte, also nicht schon der Vergangenheit angehörende

98) zutr.: Stein-Jonas ZPO. zu § 119 IV; Rosenberg a. a. O. § 81 V 1a; JW. 28/1519.

99) vgl. RG. v. 27. 7. 80 in RGZ. 2/378; v. 27. 5. 95 in Gruch. 39/1128; v. 29. 12. 03 in Sa. 39/286; v. 30. 1. 04 in JW. 04/178; v. 30. 9. 29 in JW. 30/64; KG. — 11. ZS. — v. 20. 3. 34 in JW. 34/1254; OLG. Dresden v. 15. 2. 26 in JW. 26/1604; OLG. Hamm v. 14. 1. 30 in HRR. 30 Nr. 442; OLG. Kassel v. 3. 12. 25 in ZZP. 50/1393; OLG. Königsberg v. 21. 5. 30 in HRR. 30 Nr. 1653; OLG. Celle v. 6. 7. 10 in OLG. 23/133; OLG. Düsseldorf v. 26. 1. 30 in JW. 30/1094.

100) Sydow-Busch-Krantz a. a. O. zu § 118 Anm. 1; Seuffert-Walsmann a. a. O. zu § 119, 1a; Baumbach (6.) zu § 115 Anm. 1.

101) SA. 39/286.

102) vgl. JW. 26/1604; JW. 34/1254; HRR. 30 Nr. 442; ZZP. 50/393; Gruch. 39/1128; JW. 30/64.

Rechtsverfolgung handelt, wenn also das Verfahren der Instanz nicht schon beendigt ist." — Diese Gesetzesauslegung, die sich auf den Wortlaut einer Gesetzesbestimmung stützt, ist weder in sich und als solche zutreffend, noch entspricht sie — und darauf kommt es im wesentlichen an — dem Sinn und Zweck der Armenrechtssätze. Sie ist in sich und als solche nicht zutreffend: beabsichtigt ist eine Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung von der Partei selbst; also ist das, was sich als beabsichtigte Prozeßführung darstellt, auch nur vom Standpunkt der Partei aus zu beurteilen; vom Standpunkt der Partei aus ist die Prozeßführung nicht erst im Zeitpunkt der Beschlußfassung seitens des Gerichts beabsichtigt, vielmehr tritt die Absicht der Partei erkennbar mit der Antragstellung in Erscheinung. Wird der Antrag gestellt, bevor noch das Instanzverfahren abgeschlossen ist, so muß von einer beabsichtigten Rechtsverfolgung bezw. Rechtsverteidigung deswegen noch sehr wohl die Rede sein und es kann nicht darauf ankommen, daß das Gericht bis zum Ablauf der Instanz eine Beschlußfassung über den vorliegenden Antrag unterläßt oder auch das Armenrecht zu Unrecht ablehnt und die bewilligende Entscheidung des Beschwerdegerichtes erst nach Instanzbeendigung ergeht[103]). Daraus erhellt, daß aus der Wortfassung des § 114 ein entscheidendes Argument in der Frage der Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz überhaupt nicht entnommen werden kann[104]).

Der herrschende verneinende Standpunkt findet sich häufig auch „aus dem Sinn und Zweck" der Armenrechtsvorschriften begründet. So heißt es in dem Beschluß des OLG. Kiel — 4. ZS. — vom 24. Oktober 1931[105]) und in dem Beschluß des Kammergerichts — 11. ZS. — vom 20. März 1934[106]): „Da die Bewilligung des Armenrechts nicht der Befreiung etwaiger Kostenpflicht dient, sondern die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in der betreffenden Instanz ermöglichen soll, erstrebt der Beklagte das Armenrecht für eine bei Einlegung (der Beschwerde gegen den das Armenrecht versagenden Beschluß) nicht mehr mögliche Rechtsverteidigung". — „Zweck der Vorschriften der Bewilligung des Armenrechtes ist, einer Partei trotz ihrer Armut die beabsich-

103) so auch Schmidt in JW. 31/1058 ff.
104) ebenso: Stein-Jonas a. a. O. zu § 119 IV.
105) JW. 32/123.
106) JW. 34/1254.

tigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu ermöglichen, dagegen nicht eine mittellose Partei von Kosten zu befreien". — Diese Ausführungen übersehen, daß das Armenrecht der armen Partei nicht nur die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung für die betreffende Instanz ermöglichen soll, — das wäre allerdings auch, ohne daß es einer nachträglichen Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung bedürfe, erreicht, — sondern daß die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung ermöglicht werden soll, ohne Beeinträchtigung des für die arme Partei oder ihre Familie notwendigen Unterhaltes (§ 114 ZPO.). Gerade auch das ist der Zweck des Gesetzes. Dieser Zweck wird aber nicht erreicht, wenn die arme Partei, der an sich das Armenrecht nach dem frühzeitig gestellten Antrage noch vor Ablauf der Instanz hätte bewilligt werden können und müssen, ohne Armenrecht trotz ihres Obsiegens nunmehr nachträglich, etwa wegen Mittellosigkeit des unterliegenden Prozeßgegners, zur Kostentragung herangezogen werden muß (vgl. §§ 77, 82 DGKG.). Es ist danach nicht richtig zu sagen, das Armenrecht diene nur der Ermöglichung der Prozeßführung und nicht der Kostenbefreiung. Das Armenrecht soll einer kostenlosen Prozeßführung, also beidem dienen. Die arme Partei soll wie jede andere ihre Rechte in einem Prozeßverfahren wahrnehmen können und ihr sollen durch diese Wahrnehmung keine Kosten entstehen. Auch dann wenn sie ihre Rechte ohne Armenrecht bereits wahrgenommen hat, soll sie, soweit die Voraussetzungen für das Armenrecht insbesondere also ein dementsprechender Antrag vorgelegen haben, nicht mit Kosten belastet werden können. Unzutreffend ist deshalb auch die Bemerkung in dem Beschluß des OLG. Kassel vom 3. Dezember 1925[107]), die arme Partei habe nach Beendigung der Instanz „auch ohne Armenrecht tatsächlich das erreicht, wozu ihr das nachgesuchte Armenrecht erst die Möglichkeit bieten sollte". Gewiß ist es in den meisten Fällen so, daß der armen Partei mit der vorherigen Armenrechtsbewilligung die Prozeßführung überhaupt erst ermöglicht wird. Ermöglicht sich für die arme Partei eine Wahrnehmung ihrer Rechte bereits, bevor ihr Armenrechtsgesuch beschieden ist, etwa weil die erforderlichen Kosten von zweiter Hand vorgestreckt worden sind oder der Anwalt sich hinsichtlich seiner Gebühren in Er-

---

107) ZZP. 50/393; vgl. auch OLG. Kiel — 4. ZS. — v. 24. 10. 31 in JW. 32/123.

wartung der Beiordnung (auf die er zwar kein Recht hat, mit der er aber nach der Gewohnheit in der Praxis rechnen kann) zur vorläufig unentgeltlichen Führung des Rechtsstreites bereit erklärt hat, so ist nicht einzusehen, warum sie durch die Unterlassung rechtzeitiger Bewilligung und Beiordnung schlechter gestellt sein soll.

Die in der Rechtsprechung herrschende Auffassung, daß die Armenrechtssätze erkennbar eine nachträgliche Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung verbieten, erweist sich damit als nicht zutreffend. Das mit ihr übereinstimmende Schrifttum läßt durchweg eigene Begründungen vermissen und beschränkt sich auf die Wiedergabe der Rechtsprechung.

Stein-Jonas[108]) lehnen eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz, sofern das Gesuch bereits früher gestellt ist, zwar nicht ab, meinen aber, daß regelmäßig für sie kein Raum sei; nach Unterliegen des Gesuchstellers nicht, weil die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mehr Aussicht auf Erfolg biete, und auch nach Obsiegen nicht, weil eine Anwaltsbeiordnung für die Zukunft nicht mehr in Frage komme und der bereits entstandene nach § 85 RAGebO. fällig gewordene Gebührenanspruch des Vertrauensanwaltes nicht rückwirkend beseitigt werden könne und die rückständigen Gerichtskosten bei Armut auch ohne Armenrecht gestundet bezw. niedergeschlagen werden könnten (Pr. GKG. §§ 17, 115) —. Die Möglichkeit anderweitiger Stundung und Niederschlagung kann aber hier nicht von Bedeutung sein. Entweder hat die arme Partei ein Recht auf rückwirkende Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung oder nicht. Wenn sie ein Recht hat, muß dementsprechend auch vom Gericht verfahren werden und es kann nicht darauf ankommen, ob das von der Partei begehrte Ziel: Stundung (oder Niederschlagung) der rückständigen Gerichtskosten auch auf andere Weise erreicht werden kann.

Eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz bei vorheriger Gesuchstellung verbietet sich auch nicht deswegen, weil das Verfahren für die betreffende Instanz in dem Zeitpunkte einer solchen Beschlußfassung bereits abgeschlossen ist[109]). Abgeschlossen, beendet

---

108) a. a. O. zu § 119. IV.

109) zutr.: JW. 25/2341; vgl. insbel. auch KG. — 11. ZS. — vom 26. 4. 29 in JW. 30/178; OLG. Breslau v. 26. 9. 28 in JW. 28/2797.

für die Instanz (durch Urteil, Vergleich) ist der Rechtsstreit nur in sachlicher Hinsicht. Liegt noch ein nichtbeschiedener Armenrechtsantrag vor, kann insoweit das Verfahren noch nicht als erledigt gelten und das betreffende Instanzgericht hat auch jetzt noch über diesen zu entscheiden. Die Anordnung der einstweiligen Kostenbefreiung durch eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung hat aber mit der sachlichen Entscheidung des Rechtsstreites nichts zu tun, deren Nachprüfung nach Beendigung der Instanz innerhalb dieser allerdings nicht mehr möglich ist. Zwar erfordert auch die Entscheidung über das Armenrecht eine Nachprüfung des Rechtsstreites in sachlicher Hinsicht, da ja die Bewilligung des Armenrechts eine hinreichende Erfolgsaussicht voraussetzt, aber eben nur für das Armenrechtsverfahren. Aus diesen Gründen hängt auch die in dem Beschluß des OLG. Düsseldorf vom 26. Januar 1930 [110]) enthaltene Bemerkung in der Luft, das Gericht habe den Armenrechtsbeschluß erst erlassen, als das Urteil bereits rechtskräftig geworden sei, eine Instanz für sachliche Entscheidungen in prozessualem Sinne nicht mehr bestanden habe; es liege deshalb überhaupt keine Entscheidung vor, die im Rahmen eines dem betreffenden Gericht unterbreiteten Rechtsstreites getroffen worden sei. — Daß ein Gericht noch tätig wird, nachdem der eigentliche Rechtsstreit in der betreffenden Instanz beendet ist, und Entscheidungen fällt, die sich auf diese beziehen, ist gewiß nichts Auffallendes oder gar Unmögliches. Auch in dieser Hinsicht bestehen gegen eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz daher keine Bedenken.

Gegenüber der herrschenden Ansicht, die aus oben widerlegten Gründen eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz für unzulässig hält, führt eine sinn- und zweckgemäße Auslegung der Armenrechtssätze zwingend zu der Annahme der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens. Die Notwendigkeit einer Armenrechtsgewährung mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung auch noch nach Beendigung der Instanz ergibt sich in gleicher Weise wie die der Rückwirkung bei Beschlüssen, die innerhalb der Instanz ergehen. Hier wie dort gibt es Sachlagen, die die Möglichkeit nachträglicher Armenrechtsgewährung erheischen, um dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht zu werden. Solche Sachlagen liegen immer dann vor, wenn sich die Verbeschei-

110) JW. 30/1094.

dung eines ordnungsmäßigen und begründeten Armenrechtsgesuches über das Instanzende hinaus verzögert hat, — sei es weil eine Entscheidung über das Gesuch versehentlich unterlassen, sei es, weil das Gesuch zu Unrecht abgelehnt und erst später im Beschwerdeverfahren (§ 127 ZPO.) das Armenrecht gewährt wird — und inzwischen Anwaltsgebühren erfallen sind. Es ist bereits als der aus §§ 114, 115 ZPO. erkennbare Wille des Gesetzes herausgestellt, daß die arme Partei nach Möglichkeit vom Zeitpunkte eines begründeten Gesuches an keinerlei Kosten der Prozeßführung mehr tragen soll. Es ist weiterhin herausgestellt, daß der armen Partei durch die Armenrechtsgewährung die durch die Armut erschwerte oder gar versagte Rechtsverfolgung bezw. Rechtsverteidigung nicht nur schlechthin, sondern auch ohne Kostenaufwendung ermöglicht werden soll. In der Tat können beide Ziele nur im Wege der hier vertretenen Auffassung erreicht werden. Bei Richtigkeit der gegenteiligen Ansicht wäre im Einzelfalle die Erreichung des Gesetzeszweckes nur ein Spielball in der Hand des Zufalles. Denn Zufall ist es, ob das erste Gericht vom Standpunkte des Beschwerdegerichtes gesehen über das Armenrechtsgesuch richtig oder unrichtig entscheidet und Zufall vom Standpunkte der armen Partei aus ist es, ob über ihren begründeten Antrag noch vor Instanzbeendigung entschieden wird, wenn sie auch in etwa auf eine rechtzeitige Verbescheidung zu drängen vermag. Gegenüber diesen unmöglichen Ergebnissen kann man doch nicht die Augen verschließen, so daß das Ueberwiegen der hier bekämpften Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum eigentlich wundernimmt, zumal es sich um eine Frage handelt, in der auch über den Gerechtigkeitsstandpunkt kaum ein Zweifel bestehen kann.

Soweit in der Rechtsprechung[111]) und im Schrifttum[112]) vereinzelt eine Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz anerkannt wird, hat man sich zu der Annahme gesetzlicher Begründetheit eines solchen Verfahrens durchweg noch nicht durchringen können. Zum Teil wird in der Frage zwischen der Armenrechtsbewilligung

---

111) vgl. KG. v. 30. 4. 24 in JW. 25/2341; KG. v. 12. 3. 28 in JW. 28/1519; KG. v. 20. 12. 28 in DJZ. 29/580; KG. v. 26. 4. 29 in JW. 30/178; OLG. Hamburg v. 11. 1. 28 in JW. 28/1876; OLG. Hamburg v. 7. 11. 29 in JW. 30/768; OLG. Breslau v. 26. 9. 28 in JW. 28/2797; OLG. Kiel v. 2. 5. 34 in JW. 34/2498; vgl. auch JW. 27/1170.

112) Rosenberg a. a. O. § 81 V 1a; van Biema in ZZP. 55 S. 253.

und Anwaltsbeiordnung unterschieden und nur bei letzterer die Rückwirkung anerkannt, weil sie bei vorausgehender Armenrechtsbewilligung als reiner Verwaltungsakt jederzeit nachgeholt werden könne [113]). Der Beschluß des OLG. Hamburg vom 11. Januar 1928 [114]) erachtet die nachträgliche Anwaltsbeiordnung aus dem Grunde für zulässig, weil es unstatthaft sei, über den gleichzeitig gestellten Armenrechtsantrag allein zu entscheiden. In dem Beschluß des OLG. Breslau vom 12. Nov. 1931 [115]) heißt es: „Wenn aber das Gericht auf den Antrag des RA. hin, über das Armenrechtsgesuch vor der Verhandlung zu entscheiden, erkennen läßt, daß das Armenrechtsgesuch keinen Bedenken unterliegt, und daß die Entscheidung darüber besonders ergehen wird, so ist die Bewilligung als schon in diesem Zeitpunkte erfolgt anzusehen (wie soll der die Armenanwaltsgebühren festsetzende Urkundsbeamte das wissen?). Andere Beschlüsse [116]) wieder führen aus, es sei zwar grundsätzlich daran festzuhalten, daß die Bewilligung des Armenrechts nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit erfolgen könne, dadurch werde aber nicht ausgeschlossen, in einzelnen besonders liegenden Fällen aus Billigkeitsgründen die Gewährung des Armenrechts auch noch nach Beendigung der Instanz zuzulassen. — Man sieht, zu welchen Konstruktionen gegriffen wird und was alles für Begründungen gesucht werden, um im Einzelfalle zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen. Die Erwägung der Billigkeit enthält einen Widerspruch in sich. Gibt man den „Grundsatz" immer wieder aus Billigkeitserwägung preis, so ist nicht zu ersehen, was grundsätzlich aufrecht erhalten bleiben muß, abgesehen davon, daß ein solcher Grundsatz tatsächlich ja nicht besteht. Zudem ist die Berufung auf Treu und Glauben als Begründung hier ungenügend [117]).

Die weitere Frage, ob einem Armenrechtsbeschluß nach Beendigung der Instanz Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Armenrechtsbeantragung von selbst innewohnt, ist aus den bereits oben [118]) ausgeführten Gründen auch hier zu verneinen. Die Rückwirkung muß also vom Gericht angeordnet werden.

---

113) vgl. OLG. Stettin in JW. 32/3652; OLG. Kiel in JW. 34/2498.
114) JW. 28/1876.
115) vgl. HRR. 32 Nr. 788.
116) vgl. JW. 28/2797; JW. 30/178.
117) vgl. S. 31.
118) vgl. S. 34 ff.

Ein Armenrechtsbeschluß nach Beendigung der Instanz ohne Rückwirkungsanordnung ist inhaltlos. Zwar muß wohl schon allein aus der Tatsache der nachträglichen Armenrechtsbewilligung bzw. Anwaltsbeiordnung auf den Willen des Gerichts, geschlossen werden, die Rückwirkung anzuordnen, dennoch kann ein solcher Beschluß ohne die ausdrückliche Anordnung als ausreichende Grundlage im Kostenerstattungsverfahren nicht angesehen werden, da sich aus ihm insbesondere auch nicht der Zeitpunkt der Rückwirkung ergibt[119]). Als diesen ohne weiteres den Tag zu nehmen, an dem das Armenrechtsgesuch bei Gericht eingegangen ist, geht nicht an; denn die Rückwirkung kommt nur bis zum Zeitpunkte eines begründeten Gesuches in Betracht. Ob das Gesuch bereits bei Einreichung begründet ist oder die Feststellung, wann es begründet ist, kann unmöglich der Prüfung der Geschäftsstelle überlassen werden[120]). Man wird fordern müssen, daß die gesamte Tragweite des Beschlusses aus ihm selbst hervorgeht[121]). Ein Armenrechtsbeschluß, der dieser Forderung nicht gerecht wird, kann unter Umständen ergänzt, berichtigt werden, aber nur unter den Voraussetzungen des § 319 ZPO.[122]).

Es fragt sich sodann, unter welchen Voraussetzungen eine Armenrechtsbewilligung und eine Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz zu erfolgen hat.

Eine nachträgliche Armenrechtsbewilligung hat immer und ausnahmslos dann zu geschehen, wenn die Voraussetzungen für eine solche noch während des Schwebens der Instanz bestanden haben.

Das Gleiche gilt an sich für die nachträgliche Anwaltsbeiordnung, allerdings mit einer wichtigen Ausnahme; sie darf nicht dazu führen, daß der bereits entstandene nach § 85 GebORA. fällig gewordene Gebührenanspruch des beizuordnenden Vertrauensanwaltes rückwirkend beseitigt wird. Sofern eine Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz für eine arme Partei überhaupt Interesse hat, ist das aber immer der Fall. Danach käme eine nachträgliche Beiordnung niemals in Frage. Sie ist jedoch dann auszusprechen, wenn der beigeordnete Vertrauensanwalt in irgendeiner Form zu erkennen gibt,

---

119) a. M.: JW. 33/1082.
120) vgl. oben S. 36.
121) vgl. Stein-Jonas a. a. O. zu § 119 IV.
122) vgl. oben S. 42.

daß er vom Zeitpunkte der Antragstellung als Armenanwalt behandelt werden will, wenn er also in Erwartung der Beiordnung als Armenanwalt für die arme Partei tätig geworden ist[123]).

Zu beachten ist, daß bei einer Anwaltsbeiordnung nach Beendigung der Instanz die Rückwirkung nicht ohne weiteres immer auf den Tag der Beantragung angeordnet werden darf, nämlich dann nicht, wenn das Armenrecht selbst nicht soweit zurückwirkt. Hat z. B. das Beschwerdegericht das Armenrecht nach Beendigung der Instanz bewilligt ohne die Rückwirkung überhaupt oder bis auf den Tag der Antragstellung anzuordnen, und die weiteren Anordnungen im Anschluß an den Bewilligungsbeschluß dem ersten Gericht übertragen, so darf dieses eine Anwaltsbeiordnung überhaupt nicht bezw. nur mit Rückwirkung auf den Tag aussprechen, auf den auch die Rückwirkung des Armenrechts angeordnet worden ist[124]).

Es fragt sich noch, wie bei Zugrundelegung der hier vertretenen Stellungnahme die Beschlußentscheidungen des Instanz- und Beschwerdegerichts im einzelnen zu lauten haben.

Ein erst nach Beendigung der Instanz gestellter Armenrechtsantrag ist unzulässig und als solcher zu verwerfen (§ 574 ZPO.). Die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde ist gleichfalls unzulässig[125]).

Ein vor Beendigung der Instanz gestellter Antrag auf Bewilligung des Armenrechts (ohne Anwaltsbeiordnung) wird durch die Beendigung der Instanz nicht berührt. Er ist entweder vorher wie nachher begründet oder nicht. Allerdings ergibt sich hier die Möglichkeit, daß das Gericht die nachträgliche bessere Erkenntnis der Aussichten des Rechtsstreites berücksichtigen muß, unter Umständen also dem Antrage vorher entsprochen worden wäre, nachher jedoch nicht mehr stattgegeben werden kann.

Das Gleiche gilt für die Beschwerde, sofern sie überhaupt zulässig (§ 127 ZPO.) ist. Das Beschwerdegericht als Tatsacheninstanz kann und muß das Armenrecht also unabhängig davon bewilligen, ob die Partei in der ersten Instanz unterlegen ist oder nicht.

---

123) vgl. OLG. Kassel v. 5. 9. 29 in JW. 29/3188.

124) A. M.: OLG. Kassel v. 5. 9. 29 in JW. 29/3188; vgl. auch OLG. Kiel — 2. ZS. — v. 2. 5. 34 in JW. 34/2498.

125) So auch: Stein-Jonas a. a. O. 14. Aufl. zu § 119 II; Sydow-Busch-Krantz a. a. O. zu § 118 Anm. 1; RG. in JW. 04/178.

Anders verhält es sich mit einem vor Instanzbeendigung gestellten Antrage auf Anwaltsbeiordnung. Einem vor Ablauf der Instanz sachlich begründeten Antrage kann nach Ablauf unter Umständen dennoch nicht mehr entsprochen werden [126]). Die arme Partei vermag in diesem Falle den mit dem Antrage beabsichtigten Zweck infolge veränderter Prozeßlage nicht mehr zu erreichten. Ihr Antrag ist gegenstandslos geworden. Er ist daher für gegenstandslos zu erklären.

Aehnliches gilt für die vor Instanzbeendigung eingelegte Beschwerde gegen die Versagung der Beiordnung. Auch sie wird dadurch gegenstandslos, daß die Prozeßlage, für die die Abhilfe begehrt wird, mit Ablauf der Instanz zu bestehen aufhört. Eine solche Erledigung durch den Fortgang des Verfahrens tritt im übrigen auch dann ein, wenn das Gericht erster Instanz inzwischen dem Antrage der Beschwerde sachlich entsprochen hat. In beiden Fällen ist auch die Beschwerde für gegenstandslos zu erklären [127]). Die Beschwerdeentscheidung ergeht gebührenfrei; nach § 38 Abs. 2 DGKG. entstehen Gerichtskosten nur, wenn eine Beschwerde zurückgewiesen oder als unzulässig verworfen wird. Keiner der beiden Fälle trifft hier zu.

§ 7.

Die Frage der Nichtigkeit der Rückwirkungsanordnung.

Wie aus der oben gegebenen Uebersicht der Rechtsprechung in der Frage der Rückwirkung zu ersehen ist, erachten manche Gerichte einen Armenrechtsbeschluß, der die Bewilligung des Armenrechts und die Beiordnung eines Armenanwaltes mit rückwirkender Kraft anordnet, vornehmlich also auch die Bewilligung und Beiordnung noch nach Beendigung der Instanz, für ungesetzlich und daher unzulässig. Legt man diese (unrichtige) Auffassung zugrunde, so fragt sich, welche gebührenrechtliche Bedeutung einem Beschlusse mit „gleichwohl erfolgter" Rückwirkungsanordnung zukommt. Einige Gerichte sind der Ansicht, daß ein Beschluß mit Rückwirkungsanordnung einen Erstattungsanspruch des Armenanwaltes gegen die Staatskasse nur hinsichtlich derjenigen Gebühren auszulösen

126) vgl. S. 46.

127) vgl. Stein-Jonas a. a. O. zu § 119 IV; OLG. Kiel in HRR. 1930 Nr. 1653; OLG. 23/193; a. M.: Stein-Jonas a. a. O. — 14. Aufl. — dass. und zu § 575 I.

vermöge, die nach seiner Verkündung bezw. Zustellung entfallen sind, daß also die Rückwirkungsanordnung unwirksam sei[128]). Dem kann nicht nachdrücklichst genug widersprochen werden.

Zunächst unterliegt es schon erheblichen Bedenken, ob die Wirksamkeit eines Armenrechtsbeschlusses, wenn er einmal in der Welt ist, von den Gerichten überhaupt nachgeprüft werden kann, insbesondere in den Verfahren nach § 4 ArmAnwGes. und § 4 DGKG. Nach § 127 ZPO. findet nämlich gegen den Beschluß, durch den das Armenrecht bewilligt ist, kein Rechtsmittel statt. Hierzu führt das OLG. Kiel — 3. ZS. — in dem Beschluß vom 5. Januar 1929[129]) aus: „Ob das (die Rückwirkungsanordnung) zu Recht geschehen ist, kann vom Beschwerdegericht nicht nachgeprüft werden, da der Beschluß, durch den das Armenrecht bewilligt ist, gemäß § 127 ZPO. der Anfechtung entzogen ist. Das muß auch für einen Beschluß gelten, durch den das Armenrecht etwa zu Unrecht rückwirkend bewilligt ist. Ist aber der Anwalt dem Antragsteller durch eine unanfechtbare Entscheidung unter Bewilligung des Armenrechts von dem Zeitpunkte der Einreichung des Antrages (auf Erlaß einer einstw. Verfg.) ab als Armenanwalt beigeordnet, so steht ihm auch von diesem Zeitpunkte an der Anspruch auf Erstattung seiner Gebühren und Auslagen gegen die Staatskasse nach Maßgabe des Gesetzes zu". Allerdings hat das Reichsgericht in anderen Fällen, in denen nach der Bestimmung des Gesetzes gegen eine Anordnung ein Rechtsmittel nicht gegeben ist, die Beschwerde trotzdem zugelassen, wenn dargetan wird, daß die Anordnung unter allen Umständen ungesetzlich und unzulässig ist[130]). Es wäre zu denken, daß die Staatskasse in dem Verfahren gemäß § 4 ArmAnwGes. die „gesetzliche Unzulässigkeit" der Rückwirkungsanordnung dann geltend zu machen befugt sei, wenn es sich hierbei um eine unter allen Umständen ungesetzliche Maßnahme handele. Davon kann aber nicht annähernd gesprochen werden.

---

128) vgl. OLG. Breslau — 11. ZS. — v. 31. 12. 29 in JW. 30/732; OLG. Naumburg — 6. ZS. — v. 14. 3. 30 in BBl. 30/170; OLG. Düsseldorf v. 26. 1. 30 in JW. 30/1094; OLG. Hamm — KS. — v. 19. 12. 31 in BBl. 32/64 u. v. 10. 11. 33 in JVerwBl. 1934/33; OLG. Frankfurt — 2. ZS. — v. 30. 6. 32 — 2 W 18/32; OLG. Köln — 7. ZS. — 7 W 256/29; OLG. Stettin in JW. 30/665 Fußnote.

129) BBl. 1929/103.

130) vgl. Sydow-Busch-Krantz a. a. O. zu § 707 Anm. 8.

Man unterstelle, der Armenrechtsbeschluß mit Rückwirkungsanordnung sei ungesetzlich, also fehlerhaft. Daß nicht jede fehlerhafte gerichtliche Entscheidung unrichtig ist, steht außer Frage. Irgendwo muß die Grenze liegen. Die neuere Lehre vom sog. fehlerhaften Staatsakt zieht sie mit Recht sehr weit, besonders auch bei Staatsakten, die begünstigender Natur sind. Wenn das OLG. Hamm in einer einschlägigen Entscheidung [131]) von einem Rechtsgedanken spricht, nach dem ungesetzlichen, unzulässigen gerichtlichen Maßnahmen die Anerkennung in weitestem Umfange zu versagen sei, so ist ein solcher nicht anzuerkennen. Schon im Interesse der Rechtssicherheit sollte eine absolute Nichtigkeit von richterlichen Entscheidungen nur in extremen Fällen anerkannt werden.

Nach Stein-Jonas [132]) kann ein in einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit erlassener Beschluß eines ordentlichen Gerichtes, sofern er nicht etwa gegen eine exterritoriale oder eine nicht existierende Partei ergangen ist oder einen perplexen oder unmöglichen Inhalt hat, wegen eines formlosen Mangels oder wegen des Fehlens seiner prozessualen Voraussetzungen niemals als nicht vorhanden beiseite geschoben werden. Aus diesen zutreffenden Ausführungen ersieht man, wo die Grenze zu ziehen ist. Es dürfte schwer fallen der Ansicht zu sein, daß die Anordnung der Rückwirkung des Armenrechts bis zu einem bestimmten Zeitpunkte der Instanz etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verfügt, zumal in Kenntnis der Tatsache, daß sie von vielen Gerichten auch als gesetzlich zulässig anerkannt worden ist. Was ist der Inhalt eines solchen Beschlusses? Das Prozeßgericht gewährt die einstweilige Befreiung von der Entrichtung auch der bereits entfallenen Gerichts- sowie Anwaltskosten der Instanz. Es ist doch vom Gesetz in den Machtbereich des Prozeßgerichtes gelegt (§ 115 ZPO.) die gesamten Kosten der Instanz zu stunden, soweit sie noch nicht gezahlt worden sind. Nur das und nichts mehr verfügt das Gericht durch den Erlaß eines Armenrechtsbeschlusses mit Rückwirkungsanordnung. Eine nicht nur einstweilige sogar gänzliche Kostenbefreiung kennt das Gesetz im übrigen auch in §§ 7 ff. vor allem 17, 115 PrGKG. Inwiefern das Gericht bei dieser Sachlage mit einem das Armenrecht rückwirkend bewilligenden Beschlusse seine Befugnis überschreitet, wie der Beschluß des OLG. Breslau — 11. ZS.

---

131) vgl. Beschluß vom 10. 11. 33 in JustVerwBl. 1934/33.

132) vgl. a. a. O. vor § 578 V.

— vom 31. 12. 1929[133]) bemerkt, ist nicht zu ersehen. Das gilt auch bei Beschlüssen, die erst nach Beendigung der Instanz ergehen.

In dem Falle, der dem Beschluß des OLG. Düsseldorf — 5. ZS. — vom 26. 1. 1930[134]) zugrunde liegt, hatte das Landgericht das Armenrecht nach Beendigung der Instanz bewilligt. In den Gründen des oberlandesgerichtlichen Beschlusses ist u. a. ausgeführt, es liege überhaupt „keine Entscheidung vor, die im Rahmen eines dem Landgericht unterbreiteten Rechtsstreites getroffen" worden sei; der Fall liege etwa ebenso, wie wenn das Landgericht das Armenrecht für die Berufungsinstanz beim OLG. bewilligt habe. Dieser Vergleich ist durchaus abwegig. Wenn ein unteres Gericht für eine höhere Instanz das Armenrecht bewilligt, so überschreitet es seine funktionelle Zuständigkeit. Mit der nachträglichen Bewilligung des Armenrechts hat das Landgericht aber nicht in Funktionen eines anderen höheren Gerichts eingegriffen, vielmehr trifft es eine Entscheidung, die in den Rahmen gerade und ausschließlich seiner Zuständigkeit fällt. Denn für die Armenrechtsbewilligung ist ausschließlich das Gericht zuständig, vor dem das Instanzverfahren anhängig zu machen ist oder schwebt oder geschwebt hat.

Ist in der erwähnten Entscheidung noch der Versuch gemacht, die Nichtigkeit der Rückwirkungsanordnung zu begründen, so begnügen sich die meisten übereinstimmenden Entscheidungen mit der Feststellung, daß ein derartiger Beschluß „unzuläßig und daher wirkungslos" sei[135]). Das ist ebenso kühn wie wenig überzeugend; denn mit der Annahme der Unzulässigkeit beginnt überhaupt erst — wenn man will — die eigentliche Problematik. Nach meiner Auffassung aber liegt diese Frage klar. Von einer Nichtigkeit eines Armenrechtsbeschlusses mit Rückwirkungsanordnung kann sicherlich nicht gesprochen werden. Der Beschluß unterliegt im Kostenfestsetzungsverfahren auch keiner Nachprüfung; er ist für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bindend. Diese Auffassung wird geteilt vom Kostensenat des Kammergerichts[136]),

---

133) vgl. JW 30/732.

134) vgl. JW 30/1094.

135) vgl. JW 30/732; BBl. 30/170; BBl. 32/64.

136) vgl. Beschl. v. 25. 5. 32 in Gaedecke KRspr. Nr. 157; v. 20. 9. 1934 in JW. 34/2632; v. 19. 9. 34 in JW. 34/2632.

vom Kostensenat des OLG. Köln [137]), von anderen Oberlandesgerichten [138]) und offenbar auch vom Reichsgericht [139]), das sich zu der Frage allerdings nur gelegentlich und, da nach Lage des Falles zu einer abschließenden Stellungnahme kein Anlaß vorlag, ohne Begründung geäußert hat.

---

137) vgl. Beschl. v. 30. 3. 35, 7 W 110/35.

138) vgl. OLG. Kassel — 2. ZS. — v. 15. 10. 29 in JW. 29/3188; OLG. Königsberg 5. ZS. — vom 10. 4. 30 in JW. 30/2078; OLG. Kiel — 2. ZS. — vom 31. 1. 31 in JW. 31/1132.

139) vgl. RGZ. 126/301.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Zeitschriften.

Baumbach, Zivilprozeßordnung, 7. Aufl. 1933 und 6. Aufl. 1930.

Baumbach, Armenanwaltsgesetz, 1933.

Büro-Blatt (jetzt Justizverwaltungsblatt) für gerichtliche Beamte.

Busch, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Deutsche Richterzeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fraenkel in JW. 24/1616.

Friedlaender in JW. 24/1617; 29/3188; 30/732; 30/1026; 31/1853.

Foerster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. 1913.

Gaedecke, Kostenrechtsprechung.

Gelinsky-Meyer, Armenanwaltskosten, 2. Aufl. 1933.

Geyershöfer in JW. 1925/1421; 32/123; 33/564.

Granzow in JW. 25/745.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Höchstrichterliche Rechtsprechung (Juristische Rundschau).

Juristische Rundschau.

Juristische Wochenschrift.

Justizverwaltungsblatt (früher Büro-Blatt), Zeitschrift für das gerichtliche Kosten-, Kassen-, Haushalts- und Rechnungswesen.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Rittmann-Wenz, Deutsches Gerichtskostengesetz, 15. Aufl. 1930.

Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1929.

Schmidt in JW. 31/1058 ff.; 31/1781 ff.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. 1932.

Sonnen in JW. 27/1419.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl. 1934 und 14. Aufl. 1930.

Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1930.

Walther-Joachim-Friedlaender, Rechtsanwaltsgebührenordnung, 8. Aufl. 1927.

Zeitschrift für Deutsche Justizamtmänner.

Lebenslauf

Am 3. Februar 1908 wurde ich in Dinslaken als Sohn des Katasterdirektors Heinrich Bordfeld und seiner Ehefrau, Josefa Meyer, geboren. Nach dreijährigem Besuche der Grundschule, sodann des Realgymnasiums zu Dinslaken und der Oberrealschule (Abt. Realgymnasium) in Münster, erhielt ich Ostern 1926 das Reifezeugnis. Anschließend widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Innsbruck, Berlin und Bonn. Am 29. Juli 1930 legte ich in Bonn die erste juristische Staatsprüfung ab und war alsdann als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst tätig. Nach Ablegung der großen juristischen Staatsprüfung am 10. Juli 1934 wurde ich zum Gerichtsassessor ernannt.

Köllen-Verlag, Bonn.